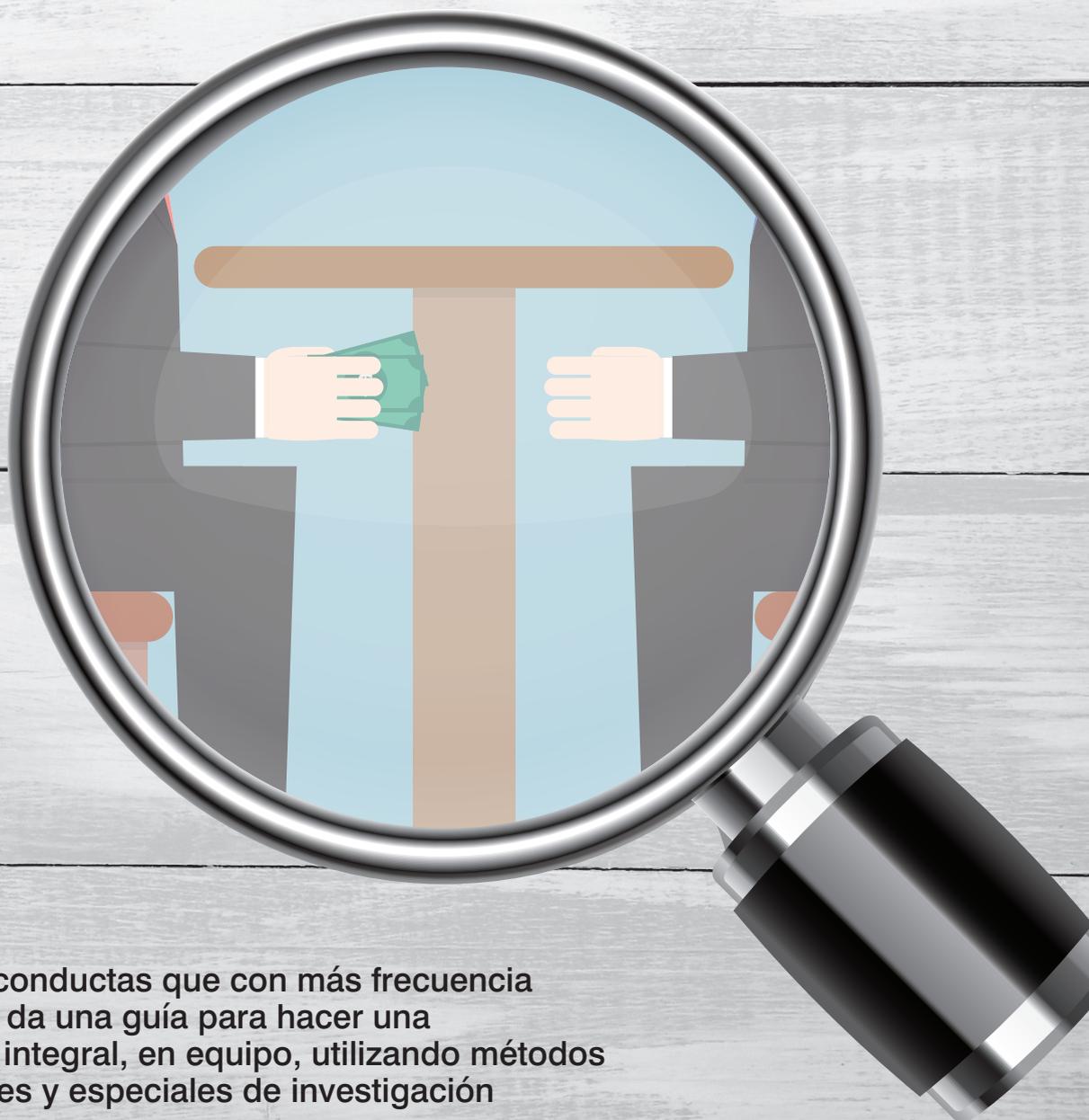




USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA



Guía para la investigación en delitos de corrupción



Describe las conductas que con más frecuencia se cometen y da una guía para hacer una investigación integral, en equipo, utilizando métodos convencionales y especiales de investigación



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA



Guía para la investigación en delitos de corrupción

Describe las conductas que con más frecuencia se cometen y da una guía para hacer una investigación integral, en equipo, utilizando métodos convencionales y especiales de investigación

Guía para la investigación en delitos de corrupción

Describe las conductas que con más frecuencia se cometen y da una guía para hacer una investigación integral, en equipo, utilizando métodos convencionales y especiales de investigación



Diseño e impresión:



3a. avenida 14-62, zona 1
PBX: (502) 2245-8888
www.serviprensa.com

Portada: Maite Sánchez
Diagramación: Evelyn Ralda
Revisión textos: Jaime Bran

Esta publicación fue impresa en noviembre de 2016.
La edición consta de 1,000 ejemplares en papel bond blanco 80 gramos.

Índice

Presentación	7
La corrupción pública y privada	9
¿Que es la corrupción?.....	9
Elementos de los delitos de corrupción	11
1. Bien jurídico tutelado.....	11
2. ¿Quién lo puede cometer?	
Sujeto Activo Determinado o Cualificado	13
Servidor público	13
El extraño (extraneus).....	14
Funcionarios públicos extranjeros: indeterminado-cualificado.....	15
Persona jurídica	16
Corrupcion privada	16
3. Conducta. ¿Cómo se puede cometer?	17
4. Resultado	17
Elementos de la corrupción	19
Tipos de responsabilidad	21
Prejudicialidad administrativa y civil en el proceso penal	23
Normas relacionadas con la investigación de los delitos de corrupción pública y privada	25
Análisis de algunas conductas delictivas de corrupción	35
Abuso de autoridad	35
Nombramientos ilegales.....	36
Cohecho pasivo.....	37
Peculado por sustracción.....	38
Peculado por uso.....	39

Peculado culposo	41
Malversación	42
Concusión	43
Tráfico de influencias	44
Fraude	45
Obstrucción de la justicia y obstaculización a la acción penal	46
Pacto colusorio en las adquisiciones públicas	47
Principales modalidades de actos de corrupción	51
Investigación de los delitos contra la función pública	53
Equipo de investigación	53
Planificación	57
Teoría del caso	57
¿Qué es la teoría del caso?	58
Características de la teoría del caso	59
La teoría del caso para la fiscalía	59
¿Como se construye la teoría del caso?	61
Ejemplo de teoría del caso	62
Lo que se debe probar de acuerdo al tipo de delito	65
Peculado por sustracción	65
Cohecho pasivo	66
Malversación	67
Prevaricato	68
Usurpación de atribuciones	70
Delitos derivados de actos de corrupción	71
Enriquecimiento ilícito de funcionarios y particulares	71
Declaración de la teoría del caso	74
La declaración inicial o apertura para la fiscalía	74
Lo que no se debe hacer en la declaración inicial	75

Pasos en la investigación	77
1. Registro y análisis preliminar	77
2. Plan metodológico.....	77
3. Búsqueda de las fuentes de información.....	78
Fuentes institucionales.....	80
Bases de datos.....	83
Fuentes humanas.....	83
La Contraloría y las auditorías internas como fuentes de información.....	83
Clases de información y forma de acceder a ella.....	84
4. Actos de investigación	86
Forma de realizar los actos de investigación.....	86
5. Procesamiento y análisis de la información.....	87
6. Control jurídico.....	88
Antejuicio	89
Facultades del Ministerio Público en el antejuicio	90
Bibliografía	93

Presentación

En el artículo VII de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (ratificada por Guatemala en el 2001), los Estados Parte de la misma se obligaron a tomar las medidas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos, en su derecho interno, los actos de corrupción que se describen en dicha Convención.

Fue hasta finales del 2012 que el Estado de Guatemala incorpora a su legislación interna los ilícitos penales que describe la Convención Interamericana Contra la Corrupción, por medio del Decreto número 31-2012 del Congreso de la República, Ley Contra la Corrupción.

Abril de 2015 es histórico para Guatemala en su lucha contra la corrupción, pues el Ministerio Público reestructura sus Fiscalías de Sección contra la Corrupción y Delitos Administrativos y crea una nueva Fiscalía, la Fiscalía de Sección de Asuntos Internos. Adicionalmente a ello, en dicho mes, surgen a la luz pública el resultado de investigaciones estratégicas sobre la existencia de estructuras criminales dedicadas a cometer delitos de corrupción dentro de la Superintendencia de Administración Tributaria, posteriormente en el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y en otras instituciones gubernamentales. Estas investigaciones han estado a cargo del Ministerio Público, con el apoyo de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG).

En agosto de 2015 el Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales (ICEFI)¹ presenta a la sociedad guatemalteca un estudio en el cual evidencia que *“...del presupuesto del Estado guatemalteco, casi un 30% es vulnerable a la corrupción, es decir Q20.8 millardos. Dentro de los rubros más expuestos se encuentran los gastos de capital, la adquisición de medicinas y la ejecución de recursos por medio de fideicomisos...se estima que para 2015, si uno de cada cinco quetzales de estos rubros sensibles a la corrupción son presa de este flagelo, se perderían Q4,160 millones, equivalentes al 6% del presupuesto total.”*

En la Política Criminal Democrática del Estado de Guatemala², la cual tiene como función principal la creación de estrategias interinstitucionales para el abordaje articulado de los hechos y fenómenos criminales, se contempla la lucha contra la corrupción como uno de sus principales ejes transversales y describe dicho eje así: *“Implementación de los mecanismos institucionales*

1 Nota titulada: Icefi presenta informe sobre el costo de la corrupción. Consultada <http://icefi.org/eventos/icefi-presenta-informe-sobre-el-costo-de-la-corrupcion>

2 La Política Criminal Democrática del Estado de Guatemala, fue presentada a la sociedad guatemalteca el 27 de abril de 2016. La misma puede consultarse en <https://www.mp.gob.gt/politica-criminal-democratica-del-estado-de-guatemala-2015-2035/>

orientados a eliminar las prácticas de corrupción en el ejercicio de la administración pública y el sector privado, fortaleciendo la promoción de los valores propios del estado democrático de derecho, la transparencia, la rendición de cuentas y la cultura de denuncia, asegurando mecanismos de protección al denunciante, así como el desarrollo de campañas de sensibilización, entre otras.”

El Estado de Guatemala, por medio de las instituciones del Estado que lo conforman, debe accionar en la prevención, investigación y sanción de las conductas que pueden ser consideradas como actos de corrupción y actuar organizada y coordinadamente en la realización de dichas acciones. Ante este panorama, se propone la presente **Guía para la investigación de Delitos de corrupción**, la cual ha sido elaborada por la doctora Ana Montes Calderón, abogada penalista y consultora internacional, que forma parte del equipo del Proyecto Seguridad y Justicia de USAID, como un documento ilustrativo, práctico y sencillo, el cual tiene por objeto orientar a fiscales, investigadores penales, contralores de cuentas y auditores internos gubernamentales en sus funciones vinculadas a encarar el flagelo de la corrupción.

MSc. Thelma Esperanza Aldana Hernández.
Fiscal General y Jefa del Ministerio Público.
República de Guatemala.

La corrupción pública y privada

La corrupción es un fenómeno mundial cuya dimensión en cada país depende de las acciones que en forma articulada adopten sus organismos Legislativo y Ejecutivo para su tipificación y prevención pero sobre todo de la capacidad de los entes investigadores y del organismo judicial para procesar a los corruptos en forma rápida y efectiva, mandando con ello un mensaje de no tolerancia a dichas prácticas y sobre todo, que dichos actos no queden en la impunidad.

¿Qué es la corrupción?

Yván Montoya Vivanco, conceptualiza la corrupción como: *"el abuso del poder público encargado (por elección, selección, nombramiento o designación) para obtener beneficios particulares (económicos o no) violando la norma en perjuicio del interés general o el interés público."*³

Transparency International define la corrupción como: *"el abuso con fines de lucro personal, del poder delegado."*⁴

La corrupción podría definirse en términos generales como un abuso de la autoridad o del poder público en buscar su propio beneficio o el de un tercero.

LA CORRUPCIÓN PÚBLICA: Consiste en el uso y abuso del cargo y de los bienes públicos, cometido por servidor público, por acción u omisión, para la obtención de un beneficio económico o de otra índole, para sí o a favor de un tercero.

CORRUPCIÓN PRIVADA: Cualquier acto ilegal caracterizado por engaño, ocultamiento o violación de confianza realizado por individuo u organización para obtener dinero, bienes, servicios o para tener ventajas personales o afectar la libre competencia.

Una forma de corrupción es el "FRAUDE". Las NORMAS INTERNACIONALES DE AUDITORÍA (NIA) Lo definen: "El término fraude se refiere a un acto intencional por uno o más individuos dentro de la administración, empleados, o terceras partes, el cual da como resultado una representación errónea de los estados financieros."

3 MONTROYA VIVANCO, Yván. MANUAL SOBRE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Publicación del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Diciembre de 2015. Página 18.

4 DELL, Gillian. CONVENCIONES ANTICORRUPCIÓN EN AMÉRICA. Una guía de incidencia para la Sociedad Civil. Publicación de Transparency International. Berlín, Alemania. 2006. Página 3.

Elementos de los delitos de corrupción

1. Bien jurídico tutelado

Los delitos de corrupción afectan el bien jurídico de la **FUNCIÓN PÚBLICA** entendida esta como las tareas que deben cumplir los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) así como los entes autónomos y descentralizados para el ejercicio de sus respectivas funciones y atribuciones.

LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN, en su artículo 1, la define como *“Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del estado o al servicio del estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”*.⁵

Lo anterior significa que los delitos contra la administración pública no están referidos únicamente al Ejecutivo sino a cualquiera de las ramas del poder público y entes autónomos y descentralizados.

El Decreto número 31-2012 del Congreso de la República, que contiene la Ley Contra la Corrupción, establece que los delitos de corrupción afectan dentro de la función pública, específicamente, los bienes jurídicos de la Administración Pública y la Administración de Justicia.

Esta afectación se da cuando se vulneran los principios que se mencionan a continuación y que obran como condiciones necesarias para que se dé en un estado democrático y social de derecho la prevalencia del interés general o colectivo sobre el particular. Esto, como finalidad esencial del Estado que se debe cumplir a través de sus funcionarios: La transparencia que es un medio no un fin, es hacer visibles, claros, con nitidez los actos de la función pública, la publicidad, es decir conocido por todos, de acuerdo a las previsiones del Art. 30 CPRG, Probidad u honradez, rectitud que implica que el funcionario público está al servicio del Estado y no de otros intereses (Art. 107 CPRG), legalidad en estricto apego a la ley, tal como reza en la Constitución: Los Funcionarios son responsables por su conducta oficial, sujetos a la ley (Art. 154 CPRG), confianza, la credibilidad, la transparencia, la igualdad, la moralidad, la probidad, la eficiencia y eficacia, la imparcialidad o neutralidad, objetividad, la publicidad (Art. 6 de la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos).

5 La Convención Interamericana Contra la Corrupción, promovida por la Organización de los Estados Americanos (OEA), fue aprobada por el Congreso de la República el 10 de mayo de 2001 a través del Decreto número 15-2001.

Es decir, que para que exista un delito de corrupción no siempre se requiere que el patrimonio del Estado se vea comprometido, por cuanto hay otros bienes intangibles o inmateriales que se ven afectados cuando se realiza una conducta de corrupción. Ej. La igualdad de oportunidades cuando se nombra en un cargo público a una persona sin el cumplimiento de los requisitos y procedimientos legales, la confianza cuando se comete un acto arbitrario contra un particular, la transparencia cuando no se publican las licitaciones, etc.

Vale la pena aclarar, no es necesario que con la conducta produzca efectivamente un daño a un tercero, basta que el bien jurídico tutelado, la administración pública o la administración de justicia (FUNCIÓN PÚBLICA) se vean afectados.

Puede igualmente suceder que la conducta realizada por el funcionario, empleado, servidor o quien ejerce una función pública en nombre del Estado no sea ilegal (la decisión que toma no es contraria a la ley), pero al afectar los valores normativos que rigen la conducta del servidor público, como lo sería el hecho de recibir dinero para tomar la respectiva decisión; con ello se vería afectada la confianza que la sociedad tiene en la función pública.

Cuando la afectación a la administración pública se da en relación al patrimonio, los principios que generalmente se violan son los de **planeación** que impone actuar con la mayor eficacia y eficiencia, **economía** que implica optimizar todos los recursos para obtener el mayor beneficio para el Estado, **transparencia** que implica actuar de manera clara, imparcial, objetiva y pública sin abusos o extralimitaciones de poder, **responsabilidad** que implica cumplir con todos los fines y vigilar la correcta ejecución de lo contratado y proteger los intereses de la entidad.

En general, en los delitos contra la FUNCIÓN PÚBLICA la cual le corresponde cumplir el fin supremo del estado que es la realización del bien común (Art. 1 de la CPRG). Se afectan los siguientes bienes jurídicos:

- a) TRANSPARENCIA PÚBLICA. En la afectación de los principios de probidad, igualdad, imparcialidad, moralidad, eficacia, publicidad, celeridad, objetividad; condiciones necesarias para la realización del interés general o común como finalidad del estado.
- b) FONDOS PÚBLICOS: Los provenientes de la hacienda o el erario público que se utilizan para el cumplimiento de sus funciones, finalidades, potestades o actividades de naturaleza pública (Art. 121 de la CPRG).
- c) DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN: Por lo cual es necesario establecer un vínculo entre la conducta desarrollada y la función o servicio público.

2. ¿Quién lo puede cometer? Sujeto Activo Determinado o Cualificado

Servidor público

Los delitos de corrupción, en principio requieren un sujeto activo calificado, es decir que sea funcionario público. Los delitos de funcionarios son delitos de infracción de deber. El funcionario tiene un deber positivo de cuidado y respeto de los bienes jurídicos que son de su competencia, un deber especial que nace de su cargo como servidor público.

Cuando se comete un acto de corrupción se da un incumplimiento de mandatos, de deberes constitucionales, legales o reglamentarios.

En este sentido, en principio, se requiere la calidad de funcionario o empleado público para poder cometer cualquiera de las conductas tipificadas como delito de corrupción pública. No obstante, en desarrollo de lo contemplado en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, las legislaciones de los países que la suscribieron, entre ellos Guatemala, han extendido el concepto de interviniente en el delito, al particular que en nombre del Estado o, con recursos del Estado, presta una función o un servicio público.

Entendido el servicio público como aquella actividad organizada, dirigida a satisfacer necesidades de interés general, que se presta en forma regular y continua por parte del Estado, de manera directa o por particulares expresamente autorizados para ello, con sujeción a un régimen jurídico especial.

El maestro Jorge Mario Castillo González indica que Servicio Público es *“una actividad destinada a satisfacer necesidades de los habitantes de los departamentos y municipios, procurando la realización del bien común o el interés público”* (CASTILLO GONZÁLEZ, 2015). Conforme la doctrina, el servicio público se presta en atención a los siguientes principios: Universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad y razonabilidad.

Así lo contempla expresamente el artículo 44 de la Ley Contra la Corrupción, Decreto número 31-2012 del Congreso de la República que reformó el artículo I de las Disposiciones Generales del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República, que a la letra dice: “Para los efectos penales se entiende: por **funcionario público**: I) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; II) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o

una empresa pública, o que preste un servicio público". La función pública se refiere al ejercicio de las potestades y competencias del Estado, el servicio público se refiere a prestaciones a los particulares que no necesariamente requiere el ejercicio de autoridad pero que está sujeto a control y reglamentación del Estado.

Cuando el Estado a través de un contrato asigna a un particular el cumplimiento de una función pública, entendiendo por esta toda actividad dirigida a cumplir uno de los fines propios o inherentes al Estado, ese particular se transforma en servidor público y asume correlativamente las responsabilidades públicas inherentes, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles, penales, administrativos y políticos en algunos casos.

En ese sentido, los actos de corrupción pública los puede cometer un **funcionario** o empleado público con facultad para tomar decisiones dentro de la órbita de su cargo, o un **servidor público** o **particular** que con recursos del Estado y autorizado por este realiza un **servicio público**. Es decir, que siempre se debe establecer una relación inmediata entre el ejercicio del cargo o el servicio o la función y la conducta desarrollada.

La relación del delito con la función pública se da cuando este se realiza por causa o con ocasión del servicio, o en ejercicio de funciones inherentes al cargo, esto es que la conducta tenga origen en la actividad pública o sea consecuencia de esta.

Por tanto, a partir de la vigencia de la Ley Contra la Corrupción, Decreto número 31-2012 del Congreso de la República, un particular que presta un servicio o ejerce una función pública con recursos del Estado, cometería cualquiera de las conductas tipificadas en la legislación penal sustantiva, y debe ser procesado como autor, coautor, determinador o partícipe de dichas conductas y no de caso especial de estafa.

El autor será la persona que con dominio de hecho realiza la conducta descrita en la norma de contenido penal y para el caso de los delitos especiales o con sujeto activo determinado o cualificado, no basta el dominio del hecho sino la relación funcional, es decir que tenga el dominio del hecho en relación al cargo público o el ejercicio de la función pública o de la prestación de un servicio público ya sea por elección, nombramiento o contrato.

El extraño (extraneus)

El particular, que sin desempeñar un cargo público o prestar una función o un servicio público, contribuya o coopere con el funcionario o empleado a la realización del hecho deberá responder como autor en la modalidad determinador o como cómplice.

Esto implica que en los eventos de participación de un extraño (particular) en los delitos especiales (de sujeto activo calificado), debe existir **unidad de imputación** en torno al tipo penal especial. Se le imputa el mismo delito que al funcionario pero en calidad de determinador o cooperador de la conducta con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer o de cómplice si el particular no tenía dominio del hecho, según haya sido su actuar. Esto encuentra desarrollo en lo previsto en los artículos 36, 37 y 40 del CP, este último en el sentido que el extraño al hecho responde por el delito concertado o por el cometido si este fuera más grave que el concertado.

La aplicación de estas disposiciones se da para los delitos cometidos, tanto antes como después de la vigencia de la Ley contra la Corrupción, Decreto 31-2012 del Congreso de la República.

Ejemplo de casos en los que son condenados como autores por los delitos de Fraude y Concusión el extraño o particular que se concierta con el funcionario público lo encontramos en las sentencias proferidas dentro del proceso número C-01076-2012-00025, del Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, por Procesos de Mayor Riesgo B, contra varios particulares que en los años 2008 y 2012 proporcionaron sus empresas para que se pudieran celebrar contratos con la Municipalidad de Antigua Guatemala, por cuanto, quien realmente contrataba eran parientes consanguíneos o por afinidad del alcalde de dicho municipio.

En el proceso número 01077-2001-07102 C32-2014 se condenó a dos particulares (Extraño, Estraneus) como cómplices en el delito de peculado, por hechos ocurridos en el 2001, por prestar colaboración posterior al hecho de la sustracción de Q.120.000.000.00 provenientes de la modificación presupuestaria de una cuenta del Ejército de Guatemala (2014).

Otro ejemplo del extraño, es el particular que, sin participar en la ejecución del delito fuerza o induce o determina al funcionario público a que se sustraiga los recursos del Estado que comete un peculado, un fraude o cualquier otra conducta delictiva que afecta la función pública, el no colabora en el hecho ni presta una ayuda posterior pero es quien mete en la cabeza del autor, lo induce o fuerza a la realización del hecho delictivo.

Funcionarios públicos extranjeros: indeterminado-cualificado

También extendió la Ley Contra la Corrupción, como sujetos activos de los delitos de corrupción, a los funcionarios públicos extranjeros. Definidos como cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea nombrado o elegido; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, por ejemplo en una

dependencia pública o en una empresa pública; y cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional”; el “país extranjero” incluye todos los niveles. (Art. 1. numeral 2º de las Disposiciones Generales del Código Penal; Art. 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción).

La conducta de los funcionarios públicos extranjeros afecta principios de naturaleza socioeconómica, como la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional, la igualdad de los competidores en el tráfico económico internacional y la imparcialidad, entre otros.

Persona jurídica

La responsabilidad penal de la persona jurídica o el ente colectivo se consagra igualmente en la Ley Contra la Corrupción bajo el supuesto que la persona jurídica también puede ser sujeto de disposiciones normativas y de sanción penal cuando las incumple. Así lo consagra expresamente el Artículo 38. **Responsabilidad penal de personas jurídicas** que dice: En lo relativo a personas jurídicas se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado este y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este Código para las personas individuales. Esto porque la persona jurídica tiene una persona natural que la dirige y unos órganos que siguen sus directrices.

Las personas jurídicas serán responsables en todos los casos en donde, con su autorización o anuencia, participen sus directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas; además, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando se comete el hecho delictivo por la omisión de control o supervisión y las resultas le son favorables.
- b) Cuando se comete el hecho delictivo por decisión del órgano decisor.

Corrupción privada

También se enmarcan dentro del concepto de corrupción la conducta cometida por particulares que con el fin de obtener un beneficio ofrecen, inducen a un funcionario o servidor público a la realización de un acto de corrupción. Ej. Soborno, la entrega de propinas, regalos o favores de cualquier tipo, con el objeto que el particular pueda obtener privilegios, decisiones favorables o servicios diferenciales.

Igualmente, es corrupción privada los actos de colusión de empresas o corporaciones para obtener beneficios en contrataciones del Estado mediante acuerdos o convenio de precios afectando con ello la libre competencia, que es un derecho constitucional.

3. Conducta. ¿Cómo se puede cometer?

Por mandato constitucional y legal todos los actos de los servidores públicos, decisiones y gestiones que realicen deben estar subordinados a ellas. Por ello, el servidor público no sólo responde como un particular por violación de la ley sino también por extralimitación u omisión en sus funciones o deberes.

En este sentido, los actos de corrupción se manifiestan como conducta de acción o de omisión, en forma dolosa o en forma culposa. En este último caso, solo cuando la ley prevé esta modalidad. La omisión se presenta por ejemplo cuando teniendo el deber jurídico de evitar el resultado, no lo hace.

La acción como actividad final constituye un acto de desviación del poder, de abuso del cargo o de la función pública o infracción al deber. Es decir, que el delito se debe cumplir en relación o como consecuencia de la función o el servicio público.

4. Resultado

Los delitos de corrupción pueden ser de mera conducta o de resultado.

Los primeros son aquellos en donde se exige que el funcionario público (funcionario, empleado, contratista) realice la conducta prohibida sin necesidad que se produzca efectivamente lesión, perjuicio o daño a terceros. Ej. Exigir dinero para realizar un acto propio de sus funciones, con la sola exigencia del dinero sin necesidad que la persona a quien se exige, acceda a entregarlo o lo entregue, se entiende consumado el delito, por cuanto el bien jurídico protegido que es la función pública en cuanto a la transparencia y probidad de las actuaciones de los funcionarios, se viola con la sola exigencia.

En otros eventos, se requiere que el resultado dañino se produzca. Ej. Peculado en donde se requiere la sustracción del bien o el daño del bien en la modalidad culposa.

Elementos de la corrupción

En general, los elementos de los delitos de corrupción pública son:

1. El abuso o el uso indebido del poder público, conferido a un servidor en ejercicio de funciones públicas, ya sea por elección popular o por designación de autoridades superiores, contrato o asignación de servicio público.
2. La violación de un deber posicional, por el incumplimiento voluntario de las normas que regulan el correcto y legal ejercicio de las funciones del Estado;
3. La intención de obtener beneficios privados susceptibles de ser valorados económicamente o no, pero que suponen la separación de los fines del bien común o interés general que debe regir la función pública.

Tipos de responsabilidad

Una misma conducta puede generar diferentes responsabilidades y sanciones siempre y cuando se encuentre tipificada, es decir descrita de manera clara, expresa e inequívoca la conducta y la sanción correspondiente en la respectiva norma.

La misma conducta de un servidor público puede ser constitutiva de delito, de infracción administrativa, de falta disciplinaria y generadora de responsabilidad civil y política.

En estos eventos, **no** se considera que exista doble incriminación o violación al principio de cosa juzgada porque cada uno de los procedimientos tiene objetivos y trámites diferentes.

Para que se considere que existe doble incriminación o cosa juzgada, se requiere que exista identidad de sujetos, identidad de hechos e identidad de procedimiento. Es decir, que la misma persona sea juzgada por los mismos hechos en el procedimiento penal por la comisión de falta o delito.

Estas afirmaciones encuentran respaldo en diversas disposiciones de la Constitución Política de Guatemala y en fallos de la Corte de Constitucionalidad que nos permitimos citar:

Art. 154 CPRG. Función Pública; sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.

"... a un funcionario público solamente le está permitido realizar lo que una disposición normativa expresa le autoriza a hacer, y le está prohibido, todo lo no expresamente autorizado..." (Corte de Constitucionalidad, 2009)

"...Si el funcionario público es el depositario de la autoridad y no puede hacer con ésta sino lo que el ordenamiento jurídico le permite, todo aquello que realice fuera de esta autorización normativa es un **acto arbitrario**, que deberá ser declarado **inválido, sin perjuicio de la responsabilidad** que genera al funcionario la realización de dicho acto..." (Corte de Constitucionalidad, 2009)

La responsabilidad de cumplimiento de los servidores públicos y del Estado produce consecuencias de derecho, estas consecuencias pueden ser de orden civil, penal, administrativo y político".

En igual sentido, encontramos diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que dicen: La prohibición del non bis in ídem no conlleva la imposibilidad de que unos mismos

hechos sean castigados por autoridades de distinto orden (administrativa, judicial); tampoco que esos hechos sean apreciados desde perspectivas distintas (disciplinaria, penal, civil, política). Pero sí conlleva que autoridades del mismo orden (PENAL) y mediante procedimientos diversos sancionen varias veces la misma conducta, como quiera se produciría una reiteración del poder sancionatorio del Estado.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: Tiene en cuenta la responsabilidad en la gestión, el cumplimiento de directrices, el logro de las metas, la eficacia. Conducta disciplinaria.

Conjunto de normas sustanciales y procesales en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético y moral, de los servidores públicos; con miras a garantizar el cumplimiento correcto, eficaz, eficiente, honesto, moral, igualitario, rápido, imparcial, transparente y económico de la función pública.

RESPONSABILIDAD CIVIL: La responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión administrativa o con ocasión de esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

La responsabilidad civil tiene lugar cuando el incumplimiento produzca menoscabo en el patrimonio del Estado o daño a los particulares.

El Artículo 155 de la CPRG establece: **Responsabilidad por infracción a la ley.** *“Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren. La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años.”*

Art. 112 Código Penal. Toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente.

RESPONSABILIDAD PENAL. Cuando afectan bienes jurídicos amparados por el Estado mediante conductas tipificadas en una norma de carácter penal. Gregorio Montero⁶, al referirse a esta responsabilidad, indica: *“Es la obligación que tienen los funcionarios de responder ante la sociedad por sus hechos violatorios del orden jurídico penal en el ejercicio de sus funciones”.*

El numeral 6º del artículo 107 del Código Penal, al referirse a la prescripción de la responsabilidad penal indica lo siguiente:

6 MONTERO, Gregorio. RÉGIMEN JURÍDICO Y PROFESIONALIZACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. Publicación del Ministerio de Administración Pública, República Dominicana. 2015. Página 456.

"6°. (Adicionado por el Artículo 7 del Decreto 31-2012 del Congreso de la República, Ley contra la Corrupción). Si el hecho fue cometido por funcionario o empleado público por los delitos que atentan contra la administración pública y administración de justicia, cuando haya transcurrido el doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena."

Prejudicialidad administrativa y civil en el proceso penal

El artículo 103 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República y la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 establecen una aparente condición de procedibilidad administrativa o una prejudicialidad para poder iniciar la acción penal. En la primera ley, cuando exista un punto de controversia sobre cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos y en la segunda, sobre la prejudicialidad civil y administrativa como obstáculo en el proceso penal la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diferentes fallos en el sentido que debe prevalecer el interés social sobre el particular, por eso la acción administrativa no excluye el juzgamiento del ilícito penal.

En el proceso 100-2010, sentencia del 12 de mayo de 2010, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala dijo: *"El trámite administrativo para determinar el impuesto y realizar los ajustes a que se refieren los artículos 146 del Código Tributario y 45 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, no pueden suspender la vía penal. Cuando no se ha planteado la determinación de la obligación tributaria por un simple adeudo tributario o una infracción que no constituya delito o falta. Sino que ha sido por los hallazgos de indicios de hechos delictivos, en la investigación de una denuncia, ante autoridad competente."*

En la sentencia de fecha 19 de abril de 2011, dictada dentro del proceso 551-2010, la CSJ dijo *"La cuestión prejudicial funciona en el sistema procesal penal guatemalteco, como un obstáculo a la persecución penal que requiere el establecimiento previo de un asunto vinculante y desconocido. Dicha figura no puede prosperar, cuando los hechos contenidos en la acusación son suficientes y permiten percibir de manera autónoma, la posible comisión de un hecho delictivo. Este es el caso, cuando un juez equivocadamente decide no abrir a juicio, argumentando que es necesario establecer en la vía civil, la nulidad o no de un instrumento público, mientras que los hechos de la acusación refieren la introducción como prueba en un juicio sumario ya fenecido, de la copia legalizada que contiene datos falsos y que corresponde a dicho instrumento matriz; documento con el cual se obtuvo un pronunciamiento favorable al proponente de la prueba; hecho que por sí comportaría un ilícito que no se encuentra condicionado al pronunciamiento sobre la nulidad de la escritura original; por lo que resulta inexistente la cuestión prejudicial"*.

En el mismo sentido se pronunció en el proceso 1820-2011, sentencia del 26 de enero de 2012, en donde la CSJ dijo: *"Existe cuestión prejudicial, si el procedimiento penal exige una declaración previa que corresponda a la jurisdicción civil, necesaria para construir los hechos imputados como delito. En el presente caso se denuncia, la transmisión de señales televisivas sin autorización, algo que no exige declaración previa por parte del Juez civil, para que el hecho imputado constituya por sí mismo delito"*.

El sentido de los fallos es que, de acuerdo a la naturaleza de los derechos, bienes y valores que tutela el derecho penal y por tratarse de normas de orden público, la acción penal por regla general procesal, tiene prioridad y preferencia sobre otras acciones. Si existe prueba de la existencia de un hecho delictivo esto en todos los casos, es suficiente para iniciar la acción penal, independientemente que también se acuda a la vía civil o a la administrativa para dirimir los conflictos entre el Estado y los particulares.

En esa posición, si se trata de una controversia de índole contractual que no conlleve conductas delictivas, se puede acudir a la vía Contencioso Administrativa para dirimir la controversia, pero si involucra un delito, el acudir a lo Contencioso Administrativo no inhibe la acción penal.

Con estas decisiones de la Corte Suprema de Justicia no es que desaparezca el concepto de prejudicialidad, sólo que como lo ha dicho la Corte *"ella es aplicable cuando la cuestión prejudicial imposibilita la decisión previa del asunto principal por influir en el hecho o su conformación como delito"*.

Sobre este tema, pueden consultarse, además, las siguientes sentencias: 499-2009, sentencia del 24 de junio de 2010; proceso 308-2010 sentencia del 21 de septiembre de 2012; proceso 447-2012 sentencia del 17 de abril de 2012.

RESPONSABILIDAD POLITICA. Interpelación a Ministros. Sanción: Voto de falta de confianza. (Arts.166 CPRG; 139, 143 y 144 de la Ley del Organismo Legislativo).

En conclusión, una persona puede ser declarada sin responsabilidad en un proceso administrativo, por ej. Por la Contraloría General de Cuentas y en el proceso penal demostrarse su responsabilidad por la comisión de un delito. El fallo administrativo no tiene por qué influir en el fallo penal y viceversa.

Normas relacionadas con la investigación de los delitos de corrupción pública y privada

Para investigar los delitos de corrupción no sólo debemos atender lo dispuesto en el Código Penal y sus reformas sino también la Constitución Política, las convenciones internacionales, otras leyes penales y las leyes y demás normativa que regulan la actividad de la administración pública y establecen los métodos para su evaluación e investigación.

1. En la Constitución Política de la República de Guatemala, concretamente, en los artículos 112, 164, 197, 207 encontramos lo relativo al régimen de prohibiciones o inhabilitaciones e incompatibilidades de los funcionarios públicos, entre ellos los diputados, ministros, magistrados cuya violación hacen incurrir al funcionario que emita resoluciones u órdenes haciendo un nombramiento de una persona sobre la cual exista una causal de inhabilidad o incompatibilidad constitucional, en el delito de resoluciones violatorias de la Constitución, previsto en el artículo 423 del CP.

Inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. (PROHIBICIÓN O INHABILIDAD SOBREVINIENTE).

La finalidad de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas. De igual forma son una garantía que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función. En este caso, no se trata que la persona no reúna los requisitos para el cargo sino que tiene un impedimento o una inhabilidad para acceder a él.

2. Otro referente obligatorio es la LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, Decreto número 57-92 del Congreso de la República, que regula como conductas contrarias a la ley, adjudicar o realizar un contrato sin contar con la respectiva disponibilidad presupuestaria; Importar bienes sin que exista una causal prevista para ello; contratar sin facultades legales o cuando exceda el valor que por ley está autorizado; ser miembro de una Junta de Licitación, cotización o calificación teniendo un impedimento; contratar sin licitación pública o sin cotización, según el caso, cuando sea exigida por la ley o cuando no exista exoneración; establecer especificaciones técnicas destinadas a favorecer a un contratista determinado; no cumplir con las todas las publicaciones fijadas en la ley; colusión de oferentes; falsedad en declaración jurada; cotizar, licitar o celebrar contratos existiendo una causal de

prohibición; el fraccionamiento del procedimiento de adquisición; la variación de calidad o cantidad; hechos que pueden ser constitutivos del delito de fraude previsto en el artículo 450 del CP, o una de las formas del peculado (sobrecostos).

Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República

En el artículo 1 de dicha ley se describe el objeto y el ámbito de aplicación de la misma, e indica que tiene por objeto normar las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición pública que realicen los Organismos del Estado; las entidades descentralizadas y autónomas, incluyendo las municipalidades; las entidades o empresas, cualquiera que sea su forma de organización, cuyo capital esté conformado con aportaciones del Estado; las Organizaciones No Gubernamentales y otras entidades sin fines de lucro, que reciban, administren o ejecuten fondos públicos; todas las entidades de cualquier naturaleza que tengan como fuente de ingresos, total o parcialmente recursos, subsidios o aportes del Estado; fideicomisos constituidos con fondos públicos y los fondos sociales.

En dicha Ley se establece el Sistema de información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado denominado GUATECOMPRAS, es un sistema para la transparencia y la eficiencia de las adquisiciones públicas, el uso de este sistema es obligatorio y su incumplimiento es sancionable.

En el artículo 8 de dicha ley se establece que el Instituto Nacional de Estadística –INE–, elaborará y publicará mensualmente en GUATECOMPRAS y en su página web, los precios, salarios e índices que se requieran en los procesos y procedimientos establecidos en esta Ley, tales como los precios de referencia o precios promedio. Asimismo, los precios de referencia de los bienes, servicios, productos o insumos que están siendo adquiridos a través de contrato abierto.

En los distintos procesos de adquisición de bienes o servicios que se establecen en la Ley de Contrataciones del Estado, actúan Juntas (de cotización, licitación o calificación), siendo las mismas, los únicos órganos competentes para recibir, calificar ofertas y adjudicar el negocio, las decisiones las tomarán por mayoría simple de votos entre sus miembros. Los miembros de las juntas no podrán abstenerse de votar ni ausentarse o retirarse del lugar en donde se encuentren constituidos durante la jornada de trabajo en el proceso de la adjudicación (Art. 11 LCE).

Es importante saber que la Dirección General de Adquisiciones del Estado es el ente rector de las adquisiciones públicas, responsable de facilitar procesos, proponer o aprobar la

normativa en el ámbito de su competencia. El objeto de la Dirección General de Adquisiciones del Estado es procurar que las adquisiciones públicas se desarrollen en un marco general de transparencia, certeza, eficiencia y competencia en las adquisiciones públicas, ello se establece en el artículo 15 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Otra dependencia relacionada con los procesos de adquisiciones que realizan las instituciones del Estado, es el Registro General de Adquisiciones del Estado adscrito al Ministerio de Finanzas Públicas. Dicho Registro tiene como principal función registrar a las personas individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para ser habilitadas como contratistas o proveedores del Estado, en las modalidades de adquisición pública establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado. El Registro verificará la capacidad financiera y técnica, así como la experiencia y especialidad necesarias para ser contratista o proveedor del Estado y relacionadas con los negocios con el Estado de que se trate. Debe contar con personal interdisciplinario y los recursos necesarios para cumplir con objetividad y calidad de sus fines. Dicha dependencia quedó establecida por medio del artículo 71 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Modalidades de los procedimientos para la adquisición de bienes

La Ley de Contrataciones del Estado establece las siguientes modalidades generales:

1. Licitación.
2. Cotización.
3. Contrato Abierto. Su objeto es seleccionar proveedores de bienes, suministros y servicios de uso general y constante, o de considerable demanda, previa calificación y adjudicación de los distintos rubros que se hubieren convocado a concurso público, a solicitud de dos o más instituciones de las contempladas en el artículo 1 de Ley de Contrataciones del Estado.
4. Subasta electrónica inversa. Es una modalidad de adquisición pública de bienes y servicios estandarizados u homologados, dinámica, operada en el sistema GUATECOMPRAS, en la cual los postores habilitados pujan de forma pública, electrónica y en tiempo real, durante un plazo preestablecido, con base a un precio de referencia de conocimiento público previo al evento, el cual servirá como techo de partida para el proceso.
5. Bienes y suministros importados. Las entidades del Estado podrán realizar, de manera directa, las adquisiciones que se realicen en el extranjero. Art. 44 LCE.

6. Negociaciones entre instituciones públicas. Se autoriza la adquisición de bienes, servicios personales y no personales y de suministros entre las dependencias de los organismos del Estado y entre éstas y las entidades descentralizadas, autónomas, unidades ejecutoras y las municipalidades. Art. 2. LCE.

Y las modalidades específicas siguientes:

1. Compra de Baja Cuantía. (Hasta por Q.10,000.00), deberá publicarse en GUATECOMPRAS, una vez recibido el bien, servicio o suministro, debiendo publicar la documentación de respaldo.
2. Compra Directa. La adquisición es por monto mayor a Q.10,000.00 y que no supere los Q.90,000.00. Entre la publicación del concurso en GUATECOMPRAS y la recepción de ofertas debe mediar un plazo no menor a un día hábil.
3. Adquisición con proveedor único. El bien, servicio, producto o insumos a adquirir, por su naturaleza y condiciones, sola puede ser adquirido de un solo proveedor.
4. Arrendamientos. Se sujeta a la modalidad de cotización.
5. Arrendamiento de bienes inmuebles. La dependencia o unidad interesada debe justificar la necesidad y conveniencia de la contratación, a precios razonables en relación a los existentes en el mercado.
6. Dragados. Solo puede realizarse por administración. Salvo situaciones declaradas como estado de excepción.

Adicionalmente la Ley de Contrataciones del Estado establece prohibiciones específicas y sanciones. Crea el delito de Pacto colusorio en adquisiciones públicas (art. 25 bis LCE).

Entre las infracciones administrativas que contempla la mencionada ley, en su artículo 81 se encuentra el fraccionamiento; se da cuando una misma unidad ejecutora realiza varias adquisiciones con el propósito de evadir la cotización y licitación públicas; o cuando una misma unidad ejecutora realice compras directas de baja cuantía o compras directas del mismo bien o servicio, durante un mismo cuatrimestre del ejercicio fiscal, cuya suma exceda el monto a partir del cual la cotización pública es obligatoria. También se dará cuando una misma unidad ejecutora realice varias cotizaciones de un mismo bien o servicio, dentro de un mismo ejercicio fiscal, cuya suma exceda el monto a partir del cual la licitación pública es obligatoria. El funcionario o empleado público que haya autorizado adquisiciones que incurrieron en fraccionamiento; será

sancionado con una multa equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total de la negociación, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales derivadas del acto.

3. LA LEY DE PROBIDAD Y RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS, la cual tiene como objeto establecer normas y procedimientos para transparentar el ejercicio de la Administración Pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos constitucionales y legales en el ejercicio de las funciones públicas estatales, evitar el desvío de los recursos, bienes, fondos y valores públicos en perjuicio de los intereses del Estado; establecer los mecanismos de control patrimonial de los funcionarios y empleados públicos durante el ejercicio de sus cargos, y prevenir el aprovechamiento personal o cualquier forma de enriquecimiento ilícito de las personas al servicio del Estado que manejen, administren, custodien, recauden e inviertan fondos a valores públicos. Para ello, entre otros aspectos, establece la obligación de presentar la declaración jurada, consagra las prohibiciones o inhabilidades para los parientes de funcionarios para ser contratistas o proveedores, cuyo incumplimiento podría hacer incurrir a los funcionarios en el delito de Incumplimiento del deber de presentar declaración jurada patrimonial previsto en el Art. 419BIS o 419 TER del CP, o el delito de aceptación ilícita de regalo, Art. 443 CP.

Prohibiciones a los funcionarios y empleados públicos

1. Aprovechar el cargo, puesto o empleo para conseguir o procurar servicios especiales, nombramientos o beneficios personales, a favor de sus familiares o terceros mediando o no remuneración.
2. Utilizar el poder del cargo o empleo en las entidades del Estado, autónomas o descentralizadas, para tomar, participar o influir en la toma de decisiones en beneficio personal o de terceros.
3. Solicitar o aceptar directamente o por interpósita persona, dádivas, regalos, pago, honorarios o cualquier otro tipo de emolumentos adicionales a los que normalmente percibe por el desempeño de sus labores.
4. Usar los bienes propiedad del Estado o de la institución para la cual labora, como vehículos, material de oficina, papelería, equipo informático u otros, fuera del uso oficial, ya sea para beneficio personal o de terceros.
5. Usar el título oficial del cargo o empleo para asuntos de carácter personal o de terceros.

Prohibiciones a los funcionarios y empleados públicos

6. Utilizar los recursos públicos para elaborar, distribuir o enviar regalos, recuerdos, tarjetas navideñas o cualquier otra ocasión.
7. Utilizar el tiempo de trabajo para realizar o prestar asesorías, consultorías, estudios y otro tipo de actividades a favor de terceros, que le generen beneficio personal.
8. Disponer de los servicios del personal subalterno para fines personales o beneficio de terceros.
9. Realizar trabajo o actividades remuneradas o no en horarios que no son de su trabajo, que estén en conflicto con sus deberes y responsabilidades, o cuyo ejercicio pueda poner en riesgo la imparcialidad de sus decisiones por razón del cargo o empleo.
10. Utilizar los materiales de oficina, vehículos, teléfonos, equipos, fondos públicos, el tiempo pagado por el Estado al funcionario o sus subalternos, los conocimientos, información, el título oficial, el prestigio o la influencia de la institución para el logro de sus objetivos políticos personales o del partido político al que pertenece.

Prohibiciones a los funcionarios y empleados públicos

11. Solicitar a otros gobiernos, agencias internacionales o empresas privadas, colaboración especial para beneficio personal o de un tercero.
12. Actuar como abogado o representante de persona que ejerce reclamos administrativos o judiciales en contra de la entidad a la cual sirve estando en el ejercicio del cargo.
13. Nombrar y remover al personal por motivos o razones políticas partidistas o ideológicas.
14. Discriminar en la formulación de políticas y en la prestación de servicios a personas o sectores de personas, por razón de su afiliación política, así como por cualquier otra causa que infrinja el Derecho de Igualdad garantizado por la Constitución Política de la República de Guatemala.
15. Utilizar recursos humanos y financieros del Estado para la promoción política, personal o del partido político al cual pertenece.

4. LEY DEL SERVICIO CIVIL, Regula los mecanismos de incorporación de los servidores públicos al Estado y desarrolla las relaciones de estos con el Estado, estableciendo derechos y obligaciones para ambas partes.
5. LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. Contenida en el Decreto 21- 2006 del Congreso de la República, desarrolla lo previsto en la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional "Convención de Palermo" suscrita por Guatemala el 12 de diciembre de 2000 y aprobada mediante Decreto número 36-2003 del Congreso de la República. En dicha ley se establecen las conductas delictivas atribuibles a los integrantes de organizaciones criminales y regula los Métodos Especiales de Investigación. Según la Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas: *"Las leyes contra la delincuencia organizada tienen por objeto sancionar a la delincuencia organizada y para ello construyen*

tipos penales especial y nuevos medios de prueba, así como nuevas formas de evaluación de la prueba."⁷

Para la aplicación de esta ley, se entiende que es delincuencia organizada y cuáles son los elementos que la integran:

- 1) GRUPO ESTRUCTURADO: Con líderes, organizadores o directores, mandos medios y operativos que actúan como una empresa criminal. Debe tener tres o más miembros. Para la Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas, es "*un grupo no formado al azar, sino formado con el propósito de cometer delitos, sin que necesariamente sus miembros tengan roles definidos, por lo que puede ser cualquier tipo de grupo desde uno jerárquico hasta uno con una estructura flexible*".⁸
- 2) VOCACIÓN DE PERMANENCIA: Se organiza con vocación de permanencia para cometer varias actividades delictivas o varias veces la misma actividad. No es una organización al azar o simple asociación o acuerdo para cometer un delito.
- 3) ACTÚA CONCERTADAMENTE: Las actividades delictivas son planificadas, concertadas y obedecen a una línea de mando.
- 4) DIVISIÓN DE TAREAS: Al interior de la empresa criminal hay división de tareas y programación de actividades con un objetivo común, asignación de recursos, control de actividades.
- 5) COMISIÓN DE DELITOS GRAVES (TAXATIVO). Está organizada para cometer delitos graves y que generan grandes beneficios e implican mayor uso de recursos y la complicidad o encubrimiento de autoridades públicas. De acuerdo al artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.
- 6) PROPÓSITO DE OBTENER PROVECHO O BENEFICIO: Esta empresa criminal se crea, estructura y organiza para obtener provecho o beneficios ilícitos.

7 COALICIÓN DE DERECHOS HUMANOS CONTRA LAS ESTRUCTURAS CLANDESTINAS. Crimen Organizado, una aproximación. Publicación que contó con el apoyo del Programa Estado de Derecho, Agencia de Desarrollo Internacional de los EE.UU. Guatemala, noviembre de 2004. Página 104.

8 COALICIÓN DE DERECHOS HUMANOS CONTRA LAS ESTRUCTURAS CLANDESTINAS. Crimen Organizado, una aproximación. Op.Cit. Página 23.

Igualmente, la ley contra la delincuencia organizada regula los métodos especiales de investigación para el crimen organizado como son las operaciones encubiertas, las entregas vigiladas o controladas, las interceptaciones de comunicaciones y la figura del colaborador eficaz.

Análisis de algunas conductas delictivas de corrupción

Abuso de autoridad

Es un tipo penal subsidiario en la medida que sólo es aplicable si la conducta no encaja en otro tipo penal, es decir que no se hallare especialmente prevista como otro delito en el Código Penal.

Bien Jurídico Protegido: La función Pública en cuanto al normal funcionamiento y desarrollo de la administración pública, la cual es afectada en el componente de transparencia, subcomponente de moralidad y legalidad.

Sujeto activo calificado, un servidor público (funcionario o empleado público).

Sujeto pasivo lo constituye el Estado como titular que es del bien jurídico tutelado, la administración pública y el particular, que en cada caso concreto sea destinatario de la conducta arbitraria o ilegal del funcionario o empleado.

La conducta: Consiste en cometer un acto arbitrario o ilegal de manera alternativa. La arbitrariedad del acto puede manifestarse como extralimitación de la función o como desvío de ella hacia fines no contemplados en la ley, se deben dar actos o manifestaciones externos que hagan evidente el capricho del funcionario. Arbitrario es aquello realizado sin sustento en una disposición legal, la voluntad del servidor se sobrepone al deber de actuar conforme a derecho. Lo ilegal es lo que va directamente contra la ley.

El acto arbitrario es el realizado por el servidor público (funcionario o empleado) haciendo prevalecer su propia voluntad sobre la de la ley con el fin de procurar objetivos personales y no el interés público, el cual se manifiesta como extralimitación de las facultades o el desvío de su ejercicio hacia propósitos distintos a los previstos en la ley.

Forma de realización o tipo subjetivo. Solo admite la modalidad dolosa, en consecuencia requiere que el servidor público conozca la arbitrariedad o injusticia de su actuar.

El acto puede ser jurídico o material. El primero comprende la manifestación de la voluntad de un servidor público con alcance jurídico, y el segundo, expresado como un hecho material. (Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2000 al 2015)

La acción debe realizarse con motivo de las funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas.

Para probar este delito se requiere:

1. Acreditar la calidad de servidor público, sea funcionario o empleado por nombramiento, elección, contrato.
2. Demostrar la realización de los hechos que constituyen el acto arbitrario o caprichoso del funcionario.
3. En caso del acto ilegal, establecer cuál fue la norma jurídica legal, que se violó con la conducta del servidor público y las acciones realizadas por el servidor que encuadran en esa norma, en la que se contemple los elementos personales, materiales del delito y la sanción penal que corresponda.
4. Prueba del perjuicio sufrido por el Estado o el particular con el acto arbitrario o injusto. El perjuicio no necesariamente tiene que ser económico, puede afectarse la credibilidad, la moralidad, la transparencia y en el caso del particular su buen nombre, su reputación, su tranquilidad, etc.

Nombramientos ilegales

Bien Jurídico Protegido: La función pública en cuanto al normal funcionamiento y desarrollo de la administración pública, la cual es afectada en el componente de Transparencia en los subcomponentes de igualdad, probidad, legalidad.

Sujeto activo calificado, un servidor público comprendido en la categoría de funcionario o empleado público.

Sujeto pasivo lo constituye el Estado como titular que es del bien jurídico tutelado, la administración pública.

La conducta: Consiste en nombrar en un cargo público a una persona que no reúna los requisitos legales para el cargo o, que los reúna pero incumpliendo los procedimientos para el nombramiento, Ej. El concurso cuando así lo exija la ley.

También se incluye en esta modalidad el nombramiento de una persona que tiene una inhabilitación para ejercer cargos públicos, o una causal de inhabilitación o incompatibilidad. Esto porque la persona no reúne los requisitos para el cargo porque constitucional o legalmente está inhabilitada para ejercerlo.

Forma de realización o tipo subjetivo. Solo admite la modalidad dolosa y además requiere un elemento subjetivo del tipo y es que sea a SABIENDAS, es decir debe probarse que el funcionario conocía previamente que la persona no reunía los requisitos o que reuniéndolos se estaba haciendo el nombramiento sin cumplir con los procedimientos fijados en la ley.

La persona debe tener la capacidad jurídica para hacer el nombramiento.

La acción debe realizarse con motivo de las funciones o del servicio.

El delito es de mera conducta, no requiere un resultado dañoso para la administración pública, basta que se haga el nombramiento ilegal así la persona que se nombre resulte ser la más eficiente para el cargo o tenga las más altas cualidades pero se incumplen los procedimientos legales para su nombramiento. Lo anterior, porque lo que se protege es la transparencia de la administración pública en todos sus actos y el respeto al principio de igualdad y legalidad.

Cohecho pasivo

Bien Jurídico Protegido: La función Pública en cuanto al normal funcionamiento y desarrollo de la administración pública, la cual es afectada en el componente de Transparencia en los subcomponentes de probidad, legalidad.

Sujeto activo calificado, un servidor público o quien ejerza funciones públicas, funcionario o empleado público, contratista.

Sujeto pasivo lo constituye el Estado como titular que es del bien jurídico tutelado, la función pública.

La conducta: Consiste en solicitar o aceptar cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio para sí o para otra persona para realizar, ordenar, retardar u omitir un acto propio de su cargo. También puede ser obligando al particular.

Forma de realización o tipo subjetivo. Solo admite la modalidad dolosa.

La acción debe realizarse con motivo de las funciones o del servicio.

El delito es de mera conducta, no requiere un resultado dañoso para la administración pública o para el particular, basta que se haga la solicitud, requerimiento de la dádiva para que se entienda consumado el delito. Puede ser que el acto que va a realizar o la decisión que va a tomar sea la legal y la que corresponde. Lo anterior, porque lo que se protege es la transparencia de la administración pública en todos sus actos y el respeto al principio de probidad.

Si la dádiva la solicita, exige o recibe para realizar un acto ilícito, Ej. Prevaricato al proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley, incurrirá en un concurso de delitos de cohecho pasivo y prevaricato.

El cohecho pasivo se diferencia **del Cobro Ilegal de Comisiones** previsto en el Art. 450 Bis del CP, en que en este último, el beneficio que recibe el funcionario público tiene un objetivo específico y es que se realice o adjudique un contrato o una obra pública. Es decir se trata de un cohecho específico.

Igualmente, el cohecho pasivo se diferencia de la **Aceptación Ilícita de Regalos** previsto en el Artículo 443 del CP. En que no existe exigencia del funcionario sino aceptación y el beneficio que se recibe no comprende el compromiso del funcionario de realizar un acto ilegal o irregular, lo que se sanciona es el hecho de aceptar un beneficio de una persona que tiene un asunto pendiente de trámite o decisión en su despacho. El acto es ilícito en cuanto el funcionario público el único beneficio que debe recibir por su trabajo es el pago que realiza el Estado a título de salario u honorario, esto para garantizar su total imparcialidad y objetividad en la resolución de los asuntos sometidos a su consideración. El acto tiene que ser idóneo para influir en la conducta del funcionario y el asunto tiene que estar sin resolver es decir activo.

Peculado por sustracción

Bien Jurídico Protegido: La función Pública en cuanto al normal funcionamiento y desarrollo de la administración pública, la cual es afectada en el componente de recursos públicos.

Sujeto activo calificado, un servidor público comprendido en esta categoría al funcionario o empleado público, los contratistas, interventores, y en general cualquier persona que reciba o administre recursos del Estado para la prestación de un servicio público.

Sujeto pasivo lo constituye el Estado como titular que es del bien jurídico tutelado, la administración pública.

La conducta: Consiste en sustraer o consentir en que otro sustraiga los recursos del Estado. En cuanto el funcionario o empleado debe tener la administración o custodia de los mismos y el contratista debe haber recibido los recursos del Estado para la prestación de un servicio público.

Forma de realización o tipo subjetivo. Solo admite la modalidad dolosa, en consecuencia requiere que el servidor público conozca la ajenidad del bien o, la destinación para el pago del servicio público.

El acto puede ser jurídico o material. Es decir, que el funcionario puede tener la disponibilidad jurídica o material del bien. Esta disponibilidad puede derivarse de la ley, decreto, reglamento o de órdenes en las cuales se le dé al funcionario o empleado la función específica de custodiar, percibir, guardar o cuidar. Custodiar significa cuidar, vigilar, proteger el bien; en tanto que administrar es gobernar, controlar, custodiar, manejar, recaudar, distribuir, pagar, percibir, negociar, disponer, etc. , todo un conjunto de actividades que dan al término un sentido amplio. Se refiere a una actividad más extensa que cuidar la cual se dirige a conservar las cosas.

La acción debe realizarse con motivo de las funciones oficiales o del servicio.

El delito requiere sacar de la órbita de protección del Estado el bien, es decir el resultado debe ser la sustracción sea por el funcionario o empleado o por un tercero pero con el permiso o consentimiento del funcionario público.

Para probar el delito de peculado se requiere:

1. Certificación de la calidad de funcionario o servidor público.
2. Acta de Nombramiento y de toma de posesión.
3. Certificación de funciones para la época de los hechos.
4. Prueba que la persona tenía a cargo el dinero o bienes del Estado, como lo es la tarjeta de responsabilidad de bienes, acta de entrega de bienes o dinero, etc...
5. Prueba de la sustracción de los recursos del Estado.
6. Prueba de las acciones realizadas por cada una de las personas que intervinieron en la sustracción.
7. Prueba de la pérdida patrimonial del Estado.
8. Prueba del beneficio propio o de un tercero.

Peculado por uso

Bien Jurídico Protegido: La función pública en cuanto al normal funcionamiento y desarrollo de la administración pública, la cual es afectada en el componente de recursos públicos en cuanto a su seguridad. Pero la protección al bien jurídico no sólo cubre el patrimonio sino también a la transparencia en lo que se refiere a la lealtad para con la administración, como a la probidad con el patrimonio público, atributos vulnerados cuando el funcionario utiliza arbitrariamente o permite que otro utilice o aproveche injustificadamente los bienes a él entregados para su administración, tenencia o custodia con motivo o por razón de las funciones.

Puede suceder que el bien no sufra un detrimento o daño, no obstante ello no significa que la conducta deje de ser antijurídica.

Sujeto activo calificado, un servidor público comprendido en esta categoría al funcionario o empleado público, los contratistas, interventores, y en general cualquier persona que reciba recursos del estado para la prestación o explotación de un servicio público.

Sujeto pasivo lo constituye el Estado como titular que es del bien jurídico tutelado, la administración pública y también lo puede ser un particular si los bienes le pertenecen pero están bajo el cuidado y custodia del Estado.

El objeto material, son los bienes sobre los cuales recae la acción, de propiedad del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o de particulares cuya administración, tenencia o custodia le hayan sido confiados por razón o con ocasión de sus funciones.

La conducta: Es alternativa dado que puede consistir en utilizar o permitir que otro utilice los bienes indebidamente. Utilizar es hacer servir una cosa para algo, darle empleo a un objeto; permitir es consentir que otro haga algo o deje de hacer alguna cosa. Debe ser indebido o no autorizado por normatividad alguna, es el uso particular y no oficial a favor propio o de un tercero sin la intención de apoderarse de él. Constituye una especie de apropiación debido a que el autor dispone del bien como señor y dueño pero difiere de ella en cuanto que no existe, como en ésta, el propósito de apoderamiento pues tiene la intención de devolverlo o reintegrarlo. Desde el punto de vista subjetivo la utilización es indebida cuando el sujeto activo carece de autorización para ello, y desde la perspectiva objetiva en los casos en los cuales se utiliza para lo que no es, teniendo en cuenta el aspecto funcional.

La acción debe realizarse con motivo de las funciones o del servicio. La administración, tenencia o custodia de los bienes tiene que haber sido confiada al servidor público por razón o con ocasión de las funciones. No es suficiente el uso caprichoso para la estructuración del delito, es imprescindible que por virtud de las atribuciones se hayan confiado al sujeto activo la administración, tenencia o custodia del objeto material. En otros términos, es imprescindible establecer si los bienes están vinculados con el sujeto activo través de un nexo de dependencia funcional. No basta la calidad de servidor público, además es necesaria la ejecución de la conducta por el servidor a quien se le encomendó la administración, tenencia o custodia de los bienes, por razón de sus funciones. Esta conexión no sólo se presenta con motivo de las atribuciones sino con ocasión de ellas.

Forma de realización o tipo subjetivo. Solo admite la modalidad dolosa.

El resultado debe ser la utilización indebida del bien del Estado, ya sea por el funcionario o empleado o por un tercero, pero con el permiso o consentimiento del funcionario público. El delito se consuma con la primera utilización y se prolonga hasta que cese ese uso indebido.

Peculado culposo

Bien Jurídico Protegido: La función pública en cuanto al normal funcionamiento y desarrollo de la administración pública, la cual es afectada en el componente de recursos públicos en su cuidado y protección.

Sujeto activo calificado, un servidor público comprendiendo en esta categoría al funcionario o empleado público, los contratistas, interventores, y en general cualquier persona que reciba bienes del Estado para la prestación de un servicio público.

Sujeto pasivo lo constituye el Estado como titular que es del bien jurídico tutelado, la administración pública.

La conducta: Consiste en permitir, por negligencia (incumplir el deber objetivo de cuidado) que se sustraigan los recursos del Estado o que, a sabiendas, permita que se pierdan, dañen o deterioren. En cuanto el funcionario o empleado debe tener la administración o custodia de los mismos aunque los bienes no pertenezcan al Estado y el contratista debe haber recibido los recursos del estado para la prestación de un servicio público.

Forma de realización o tipo subjetivo es culposa por incumplir el deber objetivo de cuidado que tiene sobre los bienes cuya administración, cuidado o custodia tiene a su cargo. En la segunda modalidad de delito culposo se requiere un elemento subjetivo del tipo que es A SABIENDAS permitan que se pierdan, dañen o deterioren, es decir el funcionario o empleado debe poder prever esa posibilidad y no hacer nada para evitarlo.

El acto puede ser jurídico o material. Es decir, que el funcionario puede tener la disponibilidad jurídica o material del bien. Esta disponibilidad puede derivarse de la ley, decreto, reglamento o de órdenes en las cuales se le dé al funcionario o empleado la función específica de custodiar, percibir, guardar o cuidar.

La acción debe realizarse con motivo de las funciones o del servicio.

El delito requiere un resultado material sea la sustracción o la pérdida de los recursos del Estado o que el Estado tenga a su cargo.

Malversación

Bien Jurídico protegido: La función pública en cuanto al adecuado y ordenado manejo del presupuesto, impidiendo dar a los recursos financieros del Estado un destino diferente al fijado por las autoridades competentes (Ley Orgánica de Presupuesto, Decreto número 101-97 del Congreso de la República y la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado) para el ejercicio anual que corresponda u otras disposiciones emitidas para tal efecto). No se requiere que el Estado sufra un detrimento patrimonial o un daño porque lo que se protege es el adecuado, ordenado y planificado uso de los recursos. Si se produce daño, se dará una causal de agravación punitiva.

Así el propósito perseguido por el autor del delito sea benéfico, o el resultado provechoso para el Estado, el delito se configura. Sebastián Soler, en relación a este delito indica: *“El delito consiste en el solo hecho de dar a los fondos una aplicación diferente.”*⁹ El daño consiste en la afectación de la función pública en la transparencia del funcionario con la función que se le encomendó y con los deberes que tiene hacia la administración y para con la sociedad. La norma tutela el interés de la administración pública en sus manifestaciones de probidad, eficacia y credibilidad de los funcionarios públicos, que se reflejan en el manejo ajustado a la normatividad de los bienes del Estado.

El sujeto activo es calificado, un servidor público quien debe poseer bienes del Estado o de empresas o instituciones en las cuales éste tenga parte bajo su administración o custodia, por razón o con ocasión de sus atribuciones. Debe tener la disponibilidad jurídica o material sobre los bienes.

El sujeto pasivo recae en la administración pública, como titular de bien jurídico tutelado.

El objeto material es el o los bienes de propiedad del Estado total o parcialmente. Solo a ellos se les puede dar una aplicación o uso diferente a la originalmente asignada.

La forma de realización debe ser dolosa, es decir que el servidor público conozca para qué está destinado legalmente el recurso y a pesar de ello, sin autorización legal o de quien pueda autorizar la modificación presupuestal, le da un uso o destinación diferente.

La conducta se consuma al dar a los bienes aplicación o uso diferente de aquella a que están destinados legalmente. El uso de los bienes, dinero o cualquier otra clase de propiedad

9 SOLER, Sebastián. DERECHO PENAL ARGENTINO. Tomo V. 3ra edición, 8ª reimpresión. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1978. Página 178.

del Estado está determinado en el presupuesto de gastos e ingresos en el cual se señala la cuantía y la finalidad perseguida por la administración con cada apropiación global, partida especial, artículo o renglón.

El delito se consuma cuando el funcionario, sin la autorización de la autoridad competente, le da a los recursos del Estado un uso o aplicación distinta a la cual fue destinado.

Este no es un delito menor así no se sancione fuertemente porque no se dé una pérdida patrimonial porque conlleva que funcionarios públicos encargados de la administración del presupuesto nacional, departamental o municipal lo ejecuten a su antojo rompiendo las reglas de planificación.

Conclusión

Este delito hace parte del capítulo de negociaciones ilícitas.

Bien Jurídico Protegido: La función Pública en cuanto al normal funcionamiento y desarrollo de la administración pública, la cual es afectada en el componente de transparencia, subcomponente imparcialidad.

Sujeto activo calificado, un servidor público comprendiendo en esta categoría al funcionario o empleado público, los contratistas, y en general cualquier persona que preste un servicio público.

Sujeto pasivo lo constituye el Estado como titular que es del bien jurídico tutelado, la administración pública.

La conducta: Consiste en interesarse directa o indirectamente o por actos simulados en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo. Ese interés ilícito puede ser en cualquiera de las fases del proceso desde la elaboración de los pliegos de condiciones hasta la liquidación del contrato.

Forma de realización o tipo subjetivo es dolosa. El interés que debe tener el servidor público debe ser ilegal.

La acción debe realizarse con motivo de las funciones o del servicio público.

El delito no requiere un resultado material es decir un perjuicio económico para el Estado, incluso puede ser beneficioso lo que se sanciona es la falta de imparcialidad, la neutralidad que debe caracterizar a los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

Para probar el delito de Concusión se requiere:

- 1) Prueba de la calidad de funcionario público;
- 2) Prueba de las funciones para la época de los hechos;
- 3) Prueba que tenía a su cargo el acto o contrato; y
- 4) Prueba de los hechos que establecen el interés ilícito en el acto o contrato.

Tráfico de influencias

Concepto: José Muñoz Lorente indica: *"consiste en, aprovechándose de determinadas relaciones personales y/o laborales y/o jerárquicas con un funcionario o autoridad, influir o intentar influir en él a fin de obtener una resolución que reporte un beneficio económico directo o indirecto al influyente o a un tercero"*.¹⁰

Bien Jurídico Protegido: El bien jurídico es la función pública en cuanto al correcto ejercicio, la cual se ve afectada en el componente de transparencia, subcomponentes igualdad, imparcialidad, objetividad y moralidad al darse una desviación de lo que debe ser la función pública.

Sujeto activo: Es indeterminado, es decir, la ley no exige ninguna calidad especial. Lo puede cometer tanto un funcionario o servidor público como un particular.

Sujeto pasivo. Es la administración pública o la administración de justicia.

Conducta: Si el delito lo comete un funcionario público consiste en utilizar precisamente su cargo o investidura, jerarquía sobre otro funcionario público que se deja "intimidar psicológicamente" para realizar una actividad que no hubiera realizado si no es por la calidad o influencia de quien se lo solicita. El funcionario que realiza la influencia indebida debe tener un poder real sobre el funcionario sobre quien actúa.

En cuanto al particular, puede utilizar vínculos personales o familiares o el poder o autoridad de un funcionario público de alta jerarquía para influir sobre el funcionario. En este caso, el particular invoca o acude a influencias reales o simuladas con un funcionario público de alto nivel para influir indebidamente sobre el funcionario público para que mediante la realización de un acto que le corresponde realizar a este, obtener un provecho indebido.

¹⁰ MUÑOZ LORENTE, José. DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS. Artículo publicado en la Revista en Cultura de la Legalidad Nº. 7, septiembre 2014 – febrero 2015, página 250. España. Visto en la siguiente dirección electrónica: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/2247/1193>.

El objetivo de la influencia sobre el funcionario es obtener un provecho o un beneficio indebido. Por cuanto es precisamente alcanzado por esa influencia y no por un trámite normal o una competencia en igualdad de condiciones. Es indebido porque no se corresponde con la conducta normal del funcionario, en cuanto su deber, es satisfacer el bien común y no el interés particular de otra persona sea funcionario o particular.

Para la consumación del delito no se requiere que se haya obtenido el beneficio indebido por parte del funcionario o del particular, es decir es un delito de mera conducta. No es necesario que de ese tráfico de influencias el Estado tenga una pérdida patrimonial o que se dé la afectación a un tercero, basta con que se ejerza la influencia indebida en forma directa o indirecta para obtener un beneficio.

Tampoco se requiere que el funcionario público sobre el que se ejerce la influencia realice un acto ilícito o ilegal, la decisión que tome puede ser legal pero llegó a ella por la indebida influencia de otro funcionario público o de un particular.

Es importante diferenciar cuando una persona invoca o acude a verdaderas o supuestas influencias con un funcionario público para obtener dinero u otro beneficio de un particular sin que el funcionario tenga conocimiento de ello. En este caso, no se configura el delito de tráfico de influencias sino el de estafa. Para que exista el tráfico de influencias se requiere que se realice la influencia real sobre el funcionario público.

Existe un elemento subjetivo que es el propósito de obtener un beneficio por parte de quien ejerce la influencia indebida.

El funcionario sobre quien se ejerce la influencia indebida tiene que tener la competencia o capacidad para resolver el asunto sobre el cual se pide resuelva a favor de quien influye o de un tercero cuando éste actúa como intermediario.

Existe un agravante cuando el funcionario sobre el cual se ejerce la influencia indebida pertenece a la administración de justicia.

Fraude

Bien Jurídico Protegido. La función pública en el componente de recursos públicos.

Sujeto activo calificado, un servidor público comprendido en esta categoría al funcionario o empleado público, los contratistas, interventores, y en general cualquier persona que intervenga

en cualquiera de las fases de un proceso de adquisición o venta de bienes o servicios mediante cualquier modalidad permitida por la ley.

Sujeto pasivo lo constituye el Estado como titular que es del bien jurídico tutelado, la administración pública.

La conducta: Consiste en intervenir o utilizar cualquier artificio, engaño o de inducción en error para defraudar al Estado. Ej. Utilizar documentos falsos, empresas de fachada o empresas reales pero facilitadas para que personas impedidas de contratar con el Estado lo puedan hacer. El ardid tiene que ser **idóneo** para lograr inducir en error o engaño a una persona de razonamiento normal o para aparentar una situación distinta a la real que tenga como posible consecuencia la pérdida patrimonial del Estado.

Es necesario precisar que no toda pérdida de recursos del Estado debido a conductas realizadas por un funcionario público es un fraude, para que lo sea debe anteceder el ardid o engaño. En este elemento del tipo penal se diferencia por ejemplo del peculado.

Forma de realización o tipo subjetivo. Solo admite la modalidad dolosa, en consecuencia requiere que el servidor público intencionalmente utilice el artificio con el propósito de defraudar al Estado.

Es un delito de resultado en el que se requiere que la intervención del servidor a través de un artificio o engaño logre defraudar al Estado. Es una forma de estafa realizada por funcionario público.

Obstrucción de la justicia y obstaculización a la acción penal

El delito de obstrucción a la justicia se encuentra previsto en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006 del Congreso de la República y el delito de obstaculización a la acción penal se encuentra previsto en el artículo 458 Bis del Código Penal.

Bien Jurídico Protegido. En ambos delitos es la administración de la justicia como parte de la función pública.

Sujeto Activo. Puede ser cualquier persona, es decir no requiere que sea un sujeto activo cualificado. Si lo comete un funcionario público recibirá como sanción adicional, la inhabilitación para ejercer un cargo público. En el caso del uso de los métodos especiales de investigación se requiere que sea uno de los funcionarios que participan en el desarrollo de estos métodos.

Sujeto Pasivo. Lo es en primer lugar, la administración de justicia y en segundo lugar, el funcionario o particular sobre el que recae la acción de la violencia o cualquier forma de intimidación o coacción.

Conducta: La conducta consiste en realizar diversas actividades para impedir que la justicia funcione normalmente como la violencia (física y psicológica), amenaza, intimidación sobre testigos o funcionarios públicos de la justicia u ocultar o destruir medios de prueba o impedir o no proporcionarlos a la administración de justicia cuando esté en el deber de hacerlo.

Es un delito de mera conducta en el que no se requiere que se produzca un resultado como que el testigo declare falsamente, basta el uso del medio o el no obrar conforme al mandato legal de colaboración con la justicia para que el delito se entienda consumado.

Este delito solo admite la modalidad dolosa, es decir que se debe probar que la persona sabía que con su conducta se estaba obstruyendo u obstaculizando a la justicia y a pesar de ello querer su realización.

La diferencia entre el delito de obstrucción y el de obstaculización, es que el primero sólo se aplica a los delitos previstos en la ley contra la delincuencia organizada y el segundo se aplica a todos los otros delitos.

Es decir, cuando la intimidación, coacción, amenaza, violencia, ofrecimiento; se ejerza dentro de una investigación o procesamiento por uno de los delitos previstos en la ley contra la delincuencia organizada se aplica el delito de obstrucción de la justicia y si estas conductas ocurren en la investigación de otro delito previsto en el Código Penal u otra ley especial distinta a la de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, se aplica el delito de obstaculización a la acción penal.

Pacto colusorio en las adquisiciones públicas

Este es un delito nuevo, consagrado en el Art. 25 Bis de la Ley de Contrataciones del Estado modificada por el Decreto número 9-2015 del Congreso de la República, como una modalidad de corrupción privada que busca impedir la libre competencia consagrada en el artículo 130 de la Constitución Política de Guatemala y obtener con ello beneficios personales o empresariales en detrimento del interés general o común.

El economista Angel Santay, nos da este concepto sobre colusión la cual *ocurre cuando las empresas, secretamente, se coordinan o ponen de acuerdo para simular que compiten frente al*

contratante de los productos o servicios. El objeto de estos acuerdos consiste en fijar precios, presentar ofertas de baja calidad de los productos o dividirse mercados.¹¹

Bien Jurídico Protegido: La función pública en cuanto se ve afectada en los recursos públicos al no tener la entidad pública la oportunidad de contratar con el oferente que ofrezca las mejores condiciones en precios y calidad, también afecta la función pública en el principio de transparencia y los subprincipios de igualdad y moralidad.

Sujeto activo: Es un sujeto indeterminado, lo puede cometer cualquier persona individual o jurídica. El funcionario público puede ser partícipe de este delito cuando se pone de acuerdo con los oferentes para poner en los términos de referencia condiciones que sólo pueden cumplir unos pocos oferentes o que restringen la participación de otros.

Sujeto Pasivo: El estado, la entidad pública que resulte agraviada con el pacto colusorio pero igualmente, afecta a otros posibles participantes que no hacen parte del pacto colusorio.

Conducta: Este es un delito con un verbo rector que es realizar en forma alternativa convenio, acuerdo, decisión, recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela en la presentación de ofertas en procesos de adquisición pública. Es una conducta consistente en pactar en contra del Estado. Un acuerdo colusorio tiene por objeto suprimir la competencia entre los agentes participantes en el acuerdo.

Es importante tener en cuenta que un mismo proceso licitatorio o de adquisición de bienes o servicios pueden existir uno o más pactos colusorios.

Los procesos de adquisición de bienes o servicios que establece la Ley de Contrataciones del Estado y son desarrollados por la misma y su Reglamento, promueven la mayor competencia en el mercado de la contratación pública, toda vez que los agentes económicos compiten libremente, promoviendo la competencia entre los oferentes, y con ello, las instituciones del Estado obtienen el mayor valor por el dinero pagado, dinero que pertenece a los contribuyentes. Siendo la colusión contraria totalmente a la libre competencia.

Los esquemas de colusión de oferentes más comunes son:

11 SANTAY, Ángel. Aspectos generales sobre las compras del gobierno en un marco de libre competencia en Guatemala. Página 6. Visto en la siguiente dirección electrónica: http://www.mineco.gob.gt/sites/default/files/Inversion%20y%20Competencia/aspectos_generales_compras_gobierno_en_marco_de_libre_competencia_en_guatemala.pdf

1. Los oferentes se ponen de acuerdo para que algunos presenten una oferta excesivamente cara lo que conlleva que serán descartadas, garantizando con ello que la oferta más baja va a ganar.
2. Se acuerda que una o varias de las ofertas pongan condiciones inaceptables como plazos de entrega muy largos o solicitudes de anticipo que no van a ser aceptadas.
3. Los oferentes se ponen de acuerdo para regular los precios del mercado de un determinado producto y para ofertar al Estado sobre la base de esos precios, ganando todos ellos porque cualquiera que sea la oferta que gane el sobreprecio se distribuye entre las empresas que licitaron.
4. Se presentan varios oferentes pero en la etapa final del proceso licitatorio se retiran varios obligando a que sólo quede un oferente o unos pocos.
5. Presentación de ofertas en consorcio o uniones que crean ventajas y limitan la oportunidad de otros oferentes de poder participar.

La OCDE llama a los esquemas de colusión de oferentes identificados con los numerales 1 y 2 anteriores como Ofertas de resguardo, también las llama complementarias, de cortesía o simbólicas y las describe así: *"son la manera más frecuente de implementar esquemas de manipulación de licitaciones. Las ofertas de resguardo se presentan cuando personas o empresas acuerdan presentar ofertas que contemplan por lo menos un elemento de entre los siguientes: (1) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado; (2) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada; o (3) un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador. La presentación de ofertas de resguardo está diseñada para aparentar una competencia genuina."*¹²

Forma de Realización: Este delito sólo admite la modalidad dolosa, es decir que se debe probar que la persona individual o jurídica conocía la ilicitud de su conducta y a pesar de ello quería su realización.

Es un delito de mera conducta consistente en tener por objeto o producir el efecto de impedir, restringir, afectar la libre competencia, que otras personas individuales o jurídicas puedan participar en la oferta en condiciones de igualdad. El pacto puede consistir en bajar la calidad,

12 OCDE. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. Febrero, 2009. Página 2. Visto en la siguiente dirección electrónica: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>

subir precios, etc. Cuando el pacto colusorio tiene por objeto impedir o restringir o afectar la libre competencia así no se logre el resultado se configura el delito.

También se entenderá que existe pacto colusorio, cuando dos o más sociedades que formen parte de un mismo grupo empresarial o corporativo, según la definición de partes relacionadas, contenida en la “Ley del impuesto Sobre la Renta”, participen en el mismo proceso de adquisición pública. Es decir, que debe tener el mismo objeto. Este párrafo nos reenvía a la ley de Actualización Tributaria, Decreto N0 10-2012 en el Título I. Impuesto Sobre la Renta, Capítulo VI, art 56 para entender el significado de partes relacionadas dentro del contexto de grupo empresarial o corporativo.

Aunque erróneamente se da como nombre de la ley lo que en realidad es el Título I. de la misma, la referencia es correcta en cuanto a la definición de partes relacionadas, entendiendo que las empresas que forman parte de una multinacional o un grupo empresarial o corporativo que tienen el mismo objeto social, que participen o presenten ofertas al estado en un mismo proceso de adquisición, se entenderá que entre ellas existe pacto colusorio.

Atendiendo a las reglas de interpretación de la ley en forma auténtica y teleológica, no debe existir ningún problema en cuanto a la referencia incorrecta de la ley, porque el Título I de la misma se denomina Impuesto Sobre la Renta y en su desarrollo, hace referencia a Partes Relacionadas.

Este párrafo del artículo 25 Bis de la ley de Contrataciones del Estado parece consagrar una forma de responsabilidad objetiva al establecer que si existen partes relacionadas que ofertan en una licitación que tiene el mismo objeto, se entenderá por ese solo hecho, que existe pacto colusorio. Consideramos que en todo caso admite prueba en contrario para demostrar que en ningún momento se quiso afectar o se afectó la libre competencia y que no hubo acuerdo previo de participar en el proceso licitatorio.

Principales modalidades de actos de corrupción

Los principales actos que realizan servidores públicos y contratistas para aprovecharse de los recursos del Estado son:

1. Fraccionamiento de negociaciones o contratos: Esto se hace para eludir el proceso de cotización o la licitación pública que establece la Ley de Contrataciones del Estado, violando con ello los principios de legalidad, planeación, transparencia, economía, publicidad e igualdad, pudiendo llevar con ello a pérdida patrimonial del Estado por cuanto no permite que se haga la mejor selección. Para determinar si hay o no fraccionamiento se debe tener en cuenta si las adquisiciones tienen el mismo objeto y si sumados los mismos en el respectivo ejercicio fiscal, exceden la cuantía que permite una compra directa o la invitación a cotizar y por tanto, lo que debería haberse hecho, de acuerdo a la cuantía, es un proceso de cotización o licitación pública. Para que haya fraccionamiento es necesario que se celebren varias negociaciones con el mismo objeto; así, se adquieran de diferentes contratistas. Es decir, que la compra se hubiera podido hacer en un solo proceso de adquisición. Si con esta conducta hay pérdida de recursos del Estado se constituye peculado, sino sería un abuso de autoridad.
2. Sobrecostos o sobrevaloración. Se ofrece y adquiere bienes o servicios a un costo mucho mayor del precio del mercado atendiendo la calidad del bien o servicio. Es una modalidad de peculado.
3. Cobro o pago de comisiones por la adjudicación del contrato. Cohecho
4. Menor calidad. Entrega de un bien de menor calidad del ofertado y contratado. Peculado.
5. Uso de Materiales de menor calidad de los ofertados y adquiridos. Contratos de obra. Peculado.
6. Cartel o carrusel de Contratos. En donde varios contratistas se ponen de acuerdo para siempre presentar ofertas a diferente precio a fin que se adjudique una vez a uno y la siguiente a otro y así sucesivamente. Esta práctica viola el principio de libre competencia porque en realidad el Estado no está escogiendo libremente la mejor oferta, sino la que los contratistas eligieron al presentar una en las mejores condiciones. Estos mismos contratistas suelen cerrar la puerta a otros contratistas independientes impidiéndoles participar.
7. Empresas fantasmas o de papel. Presentar ofertas supuestamente de varias empresas que en realidad pertenecen o son de una sola persona o grupo de personas o empresarial

y que en realidad, no cuentan con la capacidad real, logística y financiera, para cumplir con lo requerido en el concurso relacionado con determinada adquisición.

8. Prestar la empresa o razón social para que personas inhabilitadas o impedidas de contratar con el Estado puedan hacerlo. Para quien contrata es una forma de fraude y para quien presta el nombre de la empresa puede ser testaferrato.
9. Adiciones de contratos. Los contratistas ofrecen un precio favorable pero luego alegan cambio en condiciones de tiempo, calidad, etc. Para solicitar adiciones sin las cuales no es posible terminar la obra. También se utiliza otra modalidad de fraccionamiento de contrato que consiste en contratar inicialmente una obra menor y durante su ejecución se adiciona el contrato para agregar otra cantidad de obra o de servicio.
10. No terminación de obras. Los contratistas reciben los anticipos los cuales son mucho mayores a la cantidad de obra entregada. Es una forma de Peculado por Sustracción.
11. Otra irregularidad que se comete es la adquisición de bienes o servicios sin contar en el respectivo ejercicio fiscal, con la disponibilidad presupuestaria necesaria, comprometiéndose por lo tanto, vigencias futuras como deuda acumulada. Lo que está prohibido por cuanto no se puede contratar sin disponibilidad presupuestaria y quien lo hace incurre en un acto ilegal.
12. Pagar servicios que realmente no se prestaron. Se realiza un contrato de prestación de servicios pero el contratista realmente no presta el servicio o entrega los bienes contratados, pero se efectúa el pago del mismo. Es una modalidad de Peculado por Sustracción.

Investigación de los delitos contra la función pública

La función del investigador es encontrar los rastros, huellas, evidencias que dejan las personas al realizar una conducta delictiva. Reconstruir los hechos para que el fiscal pueda con base en la información y la evidencia física obtenida, hacer afirmaciones o aseveraciones penalmente relevantes y que se pueden probar, sobre la existencia del hecho y la responsabilidad penal de una persona en el mismo.

Equipo de investigación

El trabajo de investigación criminal debe desarrollarse por un equipo de trabajo, en el que cada miembro cumple un objetivo, tiene unas funciones específicas para lograr ese objetivo y debe desarrollarse con unos estándares de calidad, y produciendo cada uno un resultado específico que en conjunto debe permitir obtener el objetivo común de ubicar, identificar los medios de prueba que permitan establecer la existencia del hecho delictivo y la participación de una persona en los mismos a fin que el fiscal pueda estratégicamente decidir la forma conclusiva de la investigación sea aplicando un criterio de oportunidad, sea proponiendo un procedimiento abreviado o una suspensión condicional del procedimiento o formulando una acusación.

Este equipo de trabajo debe estar integrado por el Agente Fiscal, que es el líder del equipo, por el auxiliar fiscal, los investigadores de campo, los investigadores técnicos y peritos, por los analistas de información y auditores financieros y otros especialistas como ingenieros, arquitectos.

Rol de los investigadores de campo. En el equipo de investigación, el objeto del trabajo del investigador de campo, del policía es establecer los hechos con todas las circunstancias que lo particularizan o individualizan.

Para lograr ese objetivo el investigador tiene asignado en la ley unas funciones que puede desarrollar en forma autónoma en razón de sus funciones como auxiliar del Ministerio Público en la investigación o, por orden del fiscal del caso. Esas funciones son, entre otras:

- a) Recibir denuncias;
- b) Entrevistar a potenciales testigos;
- c) Individualizar al presunto autor de los hechos;

- d) Inspeccionar el o los lugares de los hechos;
- e) Obtener información de diferentes fuentes de información;
- f) Realizar vigilancias y seguimientos.

En general el objeto del investigador es ubicar, identificar, recolectar y preparar información y evidencia física que permita reconstruir los hechos.

Ese trabajo de investigación debe desarrollarse satisfaciendo requisitos y estándares de calidad que garanticen que la información y evidencia obtenida tengan la capacidad de convertirse en medio de prueba en su momento oportuno. Esos requisitos son que la información sea legalmente obtenida y que la evidencia física sea auténtica e irrefutable.

Los estándares de calidad que garantizan que la información y la evidencia legalmente obtenida sean útiles son que la investigación sea objetiva, integral y se haga siguiendo las directrices jurídicas del fiscal del caso.

El producto del trabajo del investigar es darle al fiscal desde el punto de vista de los hechos y probatorio "LOS MOTIVOS FUNDADOS" para que este pueda solicitar ante los jueces la afectación de un derecho fundamental como el allanamiento y registro de un inmueble, la interceptación telefónica, la toma de muestras del imputado, etc. Y además, el poder identificar la fuente de la información para que el fiscal sepa cuál es el medio de prueba que puede ofrecer para el juicio (testigo, perito, documento, objeto, etc.).

El investigador debe documentar cada uno de los actos de investigación mediante actas e informes que debe rendir al agente fiscal que es el destinatario del trabajo del investigador.

Es importante recordar que el trabajo del investigador no termina con el cierre de la investigación, por cuanto debe servir en el juicio como testigo de ACREDITACIÓN para informar al juez sobre los actos de investigación realizados y los hallazgos efectuados y para reconocer la evidencia física recaudada, la cual fue ofrecida y admitida (objetos y documentos) en su momento procesal oportuno.

Es importante tener en cuenta que además de la Policía Nacional Civil, auxilian al Ministerio Público en las investigaciones, los miembros de la Dirección de Investigación Criminal (DICRI) que presta auxilio a los fiscales en la recolección de información y evidencias y en su análisis técnico y los analistas de información de la Dirección de Análisis Criminal.

Rol del investigador técnico. El investigador técnico apoyándose en la criminalística debe analizar todas las evidencias físicas, tecnológicas y psíquicas para obtener de ellas la información que los mismos revelan sobre la existencia del hecho y la responsabilidad penal del investigado.

Este trabajo lo debe adelantar en coordinación con el investigador de campo para que la recolección de la información y la evidencia física se haga correctamente sin que sea alterada la evidencia física y con el fiscal para que sepa lo que desde el punto de vista jurídico se debe analizar.

Rol del fiscal. El papel del fiscal en la investigación penal es agregar valor jurídico a la investigación de campo y técnica mediante el análisis y control jurídico de la información y la evidencia física.

Como director jurídico de la investigación el fiscal (Agente y Auxiliar) debe analizar jurídicamente la información inicial para determinar si existe evidencia de la comisión de un hecho delictivo y de ser así, se debe reunir con sus investigadores de campo y técnicos para elaborar el plan de investigación.

En ese plan de investigación el fiscal debe **orientar** jurídicamente a los investigadores sobre los elementos del delito investigado y la forma de probar cada uno, debe **coordinar** los actos de investigación para garantizar que se respeten los derechos fundamentales de los investigados, debe **evaluar** periódicamente los diferentes hallazgos (información y evidencia) para determinar si los mismos permiten o no establecer la conducta ilícita e identificar al presunto autor de los hechos o si la investigación requiere ser **reorientada** jurídicamente. Por último el fiscal debe decidir **jurídicamente** sobre la forma en que se debe concluir la investigación, si mediante una acusación o un sobreseimiento o un archivo, el uso del procedimiento abreviado.

Rol de la Procuraduría General de la Nación. La Procuraduría General de la Nación actúa en el proceso penal en representación del Estado de Guatemala, en calidad de víctima, por cuanto la acción recae en la función pública y si bien la víctima particular puede ser la entidad directamente afectada con la conducta delictiva, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, la representación de las entidades del Estado la asume la Procuraduría General de la Nación, a menos que estas tengan personalidad jurídica propia.

En este sentido, podemos decir que la Procuraduría en representación del Estado asume la calidad de víctima y como tal, adquiere materialmente esta calidad, desde el momento de la comisión del hecho delictivo.

Para lograr la reparación digna, que conlleva la restitución (volver las cosas a su estado original), la reparación del daño (pérdidas patrimoniales) y la indemnización de perjuicios (lo dejado de percibir o los daños inmateriales causados), se requiere que la Procuraduría como sujeto procesal que es (Art. 5 CPP), inmediatamente conocido el hecho delictivo, realice su propia investigación para establecer el destino de los bienes sustraídos o defraudados al Estado, cuantifique el valor de los mismos y de los daños y perjuicios causados con la conducta delictiva.

Como valor agregado en el proceso penal, el representante de la Procuraduría General de la Nación que actúe en el mismo, debe dedicar sus esfuerzos a lograr la reparación digna y para ello debe indagar cuáles son los bienes que de toda índole tiene el investigado, para solicitar, a la brevedad posible, su embargo y secuestro como medida cautelar.

Planificación

La investigación no puede ser un proceso aleatorio, al azar, sino que debe ser debidamente planificada, estructurada desde el momento mismo en que se tiene conocimiento del hecho presuntamente delictivo, sea por denuncia, querrela, prevención policial o, iniciada de oficio por conocimiento que se tenga por Ej. Por medios de comunicación, etc.

Esta planificación parte con la formulación de una hipótesis delictiva (supuesto del hecho que requiere ser verificado) de lo que pudo haber pasado de acuerdo a la información preliminar que se tiene y un plan de investigación que permita confirmar esa hipótesis o desvirtuarla y reformular una nueva y ajustar el Plan de investigación hasta que culmine con una teoría del caso que es una "AFIRMACIÓN DE HECHOS QUE ENCUADRAN EN UNA NORMA JURÍDICA DE CARÁCTER PENAL (DELITO) Y QUE PUEDE SER PROBADA".

Teoría del caso

Si partimos de la base que **al juicio se va a probar lo que pasó y no a investigar qué pasó**, cada parte debe tener una teoría de lo que sucedió para probar o, en el caso de la defensa puede ser sólo para refutar la teoría del acusador.

La teoría del caso es la herramienta de planificación más importante en un sistema de concentración de prueba y de debate oral.

Esta teoría se construye en un proceso permanente y dinámico durante la investigación pero debe estar sólida y concreta al momento del juicio. Esto no significa que la teoría del caso sólo sirve para el juicio, también la teoría debe ser la base para la toma de decisiones durante la investigación, por Ej. Debe ser la base para un proceso de negociación que permita llegar a un preacuerdo. Si la defensa encuentra que las evidencias que está acumulando la fiscalía son muy fuertes y que existe una alta probabilidad que su cliente sea declarado penalmente responsable, una alternativa es un proceso de negociación que implique una declaratoria de culpabilidad con arreglo de pena (Procedimiento abreviado). Igualmente, si la fiscalía cree que el imputado sí es responsable del hecho pero tiene dificultades con los medios de prueba, por ejemplo que el testigo presencial tenga problemas de credibilidad por antecedentes de falso testimonio, puede acudir a un proceso de negociación, a un procedimiento abreviado asegurando el resultado.

Igual, la teoría del caso debe ser el sustento de la aplicación del criterio de oportunidad, de la aceptación de la imputación, del sobreseimiento o de un acuerdo de colaboración.

El proceso de construcción de la teoría del caso se adelanta desde el momento en que se tiene noticia del presunto hecho delictivo, por cuanto la elaboración del programa metodológico de investigación para fiscalía e igualmente para defensa, implican iniciar un proceso de confirmación o descarte de hipótesis de lo sucedido. En este sentido, este proceso de construcción se inicia con hipótesis que los descubrimientos de la investigación deben ir consolidando, hasta llegar a una teoría o por el contrario, deben permitir variar la hipótesis que no logró confirmación y construir nuevas hasta poder tener la teoría que pueda ser probada.

En este proceso de construcción de la teoría, se debe ir identificando cuáles son los hechos que tienen una relevancia penal y cuáles no, para construir la misma sólo con los hechos penalmente relevantes.

Estos hechos penalmente relevantes, lo son por cuanto se pueden subsumir fácilmente en una descripción, que en forma abstracta, hace la ley por un tipo penal y de una forma de culpabilidad. También lo son cuando un hecho sirve para explicar otro, o para refutarlo o para afianzarlo. Es decir, para la defensa un hecho será penalmente relevante en la medida en que sirva para refutar la teoría de la fiscalía o por lo menos para abrirle un hueco que lleve a una duda razonable al juzgador.

¿Qué es la teoría del caso?

La teoría del caso es entonces la afirmación que cada parte hace de lo que pasó que incluye los hechos penalmente relevantes, es decir con sentido jurídico penal y los medios probatorios que sirvan de base para su adjudicación o comprobación.

Hablamos de una afirmación que a partir de un hecho se hace y no del hecho puro y simple, los hechos existen por sí, pero la explicación de los mismos la da cada parte de acuerdo con los medios probatorios o con la falta o debilidad de estos.

Que una persona disparó a otra, es un hecho objetivamente considerado, pero cuando afirmamos que lo realizó con la intención de matar o que lo hizo en legítima defensa o que lo hizo pero no tenía conciencia de la ilicitud del acto, o que no quería ese resultado, estamos elaborando una teoría a partir de ese hecho. En este sentido el primer elemento de la teoría del caso, es **el fáctico**.

Habrán hechos que tendrán el mismo significado para ambas partes, otros permitirán construir proposiciones jurídicas distintas que darán lugar a la controversia y el debate probatorio para que sea el juez quien los valore y adjudique.

El segundo elemento debe ser **el jurídico**, no se trata de hacer cualquier afirmación a partir del hecho, sino una afirmación con consecuencias jurídicas, que tenga relevancia penal, por cuanto permiten adjudicar la existencia de un hecho o la participación de una persona en el mismo, o ambas.

La afirmación que del hecho se hace, tiene el propósito que se adjudique ese hecho, para ello, requerimos el tercer elemento que debe tener toda teoría del caso, que es **el probatorio**, es decir que no se trata de una simple afirmación jurídica sino de una que tiene respaldo en los medios probatorios o que la valoración de ellos permiten hacer esa adjudicación por parte del juez.

Tres son entonces los elementos de una teoría del caso, lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio.

La consistencia de estos tres elementos los encontramos en las características que debe tener la teoría del caso y que son: Lógica, creíble y jurídicamente suficiente.

Características de la teoría del caso

Lógica: Como se ha sostenido, la teoría del caso debe ser lógica, es decir que se pueda explicar por sí misma, que cualquier persona de razonamiento normal, con base en lo que la experiencia o lo que el sentido común indican pueda entender y aceptar que eso fue lo que pasó y que el resultado que se pide es el legal y justo.

Creíble: La teoría debe ser simple y fácil de creer y esto se logra si cada afirmación que de un hecho o circunstancia se hace tiene base probatoria. La teoría de caso debe incluir una explicación de las motivaciones de la gente.

Jurídicamente suficiente: Es decir que contenga todos los elementos que satisfacen el elemento jurídico base de nuestra pretensión. Si por ejemplo la teoría de la fiscalía dice que existe un fraude, que cada uno de los elementos de esta conducta punible encuentre respaldo en los hechos y los medios probatorios (engaño o ardid, suficiencia del mismo, detrimento patrimonial, etc.) Igualmente, la teoría del caso debe poder responder a las cuestiones que surgen del hecho, ¿qué paso? ¿cómo pasó?, ¿quién lo hizo? ¿por qué lo hizo?, ¿con qué lo hizo? ¿cuándo lo hizo?

La teoría del caso para la fiscalía

La teoría del caso es una herramienta indispensable para las dos partes, no se concibe en un sistema penal de prueba concentrada y de procedimiento oral donde debemos persuadir al juez sobre nuestra pretensión, que se llegue a pescar, a investigar qué paso, a interrogar testigos sobre diversos temas y no se tenga un plan para cada una de las actuaciones.

Partiendo de esta premisa, se afirma que la teoría del caso normalmente es un proceso más riguroso para la fiscalía que para la defensa ya que esta última sólo tiene que apuntar a debilitar un elemento de la teoría de la fiscalía para crear la duda en el juez, mientras que la fiscalía tiene que llegar a un proceso de convencimiento que se acerque mucho a la certeza o que por lo menos excluya la duda razonable.

El fiscal debe construir su teoría del caso a partir del momento en que recibe el informe de la indagación o la denuncia y luego con el investigador trazar el plan de investigación que permita confirmarla o descartarla y elaborar una nueva, es un proceso permanente hasta llegar a tener una sola teoría que esté en condiciones de poder probar.

La teoría del caso como herramienta de planificación sirve a la fiscalía para:

1. Elaborar con el investigador el Plan Metodológico de Investigación que oriente el desarrollo de la investigación. (entrevistas o declaraciones, recolección de evidencias físicas y documentos, etc.)
2. Evaluar los informes de los investigadores y determinar si el desarrollo de la investigación está permitiendo confirmar o no la hipótesis inicial y estamos en camino de una teoría demostrable o si se debe reorientar la investigación.
3. Seleccionar las evidencias físicas e información que resulte pertinente y relevante para fundamentar ante el juez de Paz o de Instancia cada una de las peticiones que formule, de acuerdo con las exigencias legales.
4. Valorar el peso del material probatorio y tomar la decisión sobre el ejercicio de la acción penal. Es decir, determinar si la teoría tiene suficiente respaldo probatorio para ir a un juicio o si se deben buscar formas alternativas al procedimiento ordinario (abreviado) o formas de solución del conflicto (criterio de oportunidad, conciliación, justicia restaurativa).
5. Elaborar la estrategia para el juicio que incluye seleccionar los hechos penalmente relevantes que serán parte de la acusación, seleccionar los medios de prueba (evidencia física) que se ofrecerán al juez para el juicio, seleccionar el orden en que se presentarán los medios de prueba (testigos, peritos, documentos, evidencia física).
6. Establecer qué hechos o circunstancias pueden ser objeto de estipulaciones o acuerdos con la defensa para tener por probado el hecho o la circunstancia sin necesidad que el medio de prueba (testigo, perito) tengan que ir al juicio a declarar.

7. La teoría del caso, sirve al fiscal para planificar paso a paso el desarrollo del juicio, elaborar los esquemas de la declaración inicial o alegato de apertura y del alegato de conclusión, preparar los esquemas para los interrogatorios de acuerdo a lo que aporte cada testigo a la teoría del caso y contrainterrogatorios según las debilidades del testigo de la contraparte y lo que se quiere revelar de él para atacar la teoría del caso de la contraparte. Igualmente, servirá para prepararse para afrontar las debilidades del testigo.
8. Determinar a través de qué testigo de acreditación (investigador) y en qué momento se debe introducir la evidencia física o elementos materiales probatorios para ser reconocidos por los testigos.

¿Como se construye la teoría del caso?

La construcción de la teoría del caso es un proceso dinámico que empieza con la revisión y análisis de los hechos conocidos desde la indagación preliminar o desde la denuncia.

Un segundo paso, es identificar de esos hechos cuáles son los relevantes penalmente de acuerdo con el rol que representa. Qué hechos relevantes apoyan la teoría de la fiscalía y qué hechos relevantes son la base de la teoría de la defensa.

El tercer paso, es hacer una proposición o afirmación de cada hecho relevante desde el punto de vista del rol. Acá se deben aplicar el sentido común, las reglas de la lógica y los principios psicológicos para que cada proposición cumpla con los requisitos de ser creíble, lógico y suficiente.

El cuarto paso es tomar cada proposición y mirar si encaja jurídicamente en un elemento de un tipo penal o si sirve para corroborar otra proposición.

El quinto paso, es establecer cómo se puede probar cada proposición fáctica, examinando la evidencia física e información.

El sexto paso, es analizar las debilidades y fortalezas de cada proposición y de la teoría que a partir de ellas se ha elaborado y preparar la forma de afrontarlas.

Un séptimo paso es analizar la posible teoría del caso de la contraparte, los hechos que podrían apoyarla. Conociendo la posible teoría del caso de la contraparte, se puede preparar mejor a los testigos para el posible contrainterrogatorio al que serían sometidos.

Elaborada la teoría del caso, se debe establecer una estrategia para su declaración, prueba y conclusión en la audiencia del juicio oral.

Ejemplo de teoría del caso

Con ocasión a las actividades desplegadas por la Contraloría General de Cuentas seguida contra el alcalde municipal de San Fermín, MARIO CASTRO y otros funcionarios de esa administración, se tuvo noticia que en 2015 el funcionario celebró los contratos 14, 15 y 23, destinados todos a la remodelación del Edificio de la municipalidad, a través de los cuales se comprometieron recursos por un millón quinientos cincuenta y siete mil quinientos setenta y cuatro quetzales (Q1,557,574.00).

Se estableció que en la fase de elaboración de los mencionados contratos se omitieron requisitos legales esenciales de la contratación, particularmente no se cumplió el principio de planeación y se evadió la licitación como procedimiento de selección, al contratar de forma fraccionada o aisladamente, obras que constituían un solo objeto contractual, igualmente, se verificó que no se realizaron los procedimientos básicos de selección de los proveedores de servicios; y, finalmente, se constató que los contratos fueron adjudicados a empresas individuales propiedad de los señores CARLOS PÉREZ MEDINA y ARMANDO MORALES MONGE y de ellos se beneficiaron personas diferentes de las que se hicieron figurar como contratistas, hecho ocultado por tratarse de diputados al Congreso de la República de nombre Jorge Alberto Ríos y Pedro Antonio Vásquez.

Jurídico: Abuso de autoridad	Fáctico	Probatorio
¿QUIÉN?: Servidor público	Mario Castro. Alcalde municipal	DPI. Certificación de RENAP Acta de adjudicación del cargo del TSE Acta de posesión como alcalde
¿A QUIÉN?: Administración pública	Municipio de San Fermín.	Certificación sobre el ejercicio del cargo de alcalde para la época de los hechos.
¿QUÉ?: Realizó contrato sin cumplimiento de requisitos legales.	No hizo licitación pública No hizo un procedimiento objetivo de selección de contratistas.	Copia certificada de las invitaciones a cotizar Copia certificada de los contratos 14, 15 y 23 del 2015.

Continúa...

Jurídico: Abuso de autoridad	Fáctico	Probatorio
¿CÓMO?: Violando la ley de contrataciones del Estado.	Fraccionó: Suscribiendo 3 contratos para el mismo objeto y evadiendo el proceso de licitación. Adjudicó el contrato a las empresas individuales propiedad de Carlos Pérez Medina y Armando Morales Monge prestanombres de los diputados, personas inhabilitadas para contratar.	Testimonio del auditor que hizo el informe Testimonio de Carlos Pérez Medina y Armando Morales Monge, personas que fueron formalmente beneficiadas con los contratos que establezcan vínculos con el alcalde municipal y con los diputados. Testimonio de las personas entrevistadas que conocen los hechos
¿CUÁNDO? En el 2015.	Durante el 2015.	Copia de los contratos 14, 15 y 23 suscritos en el 2015
¿DÓNDE? En ciudad de San Fermín	Municipalidad de San Fermín, palacio municipal	Copia de los contratos 14, 15 y 23 suscritos en el Municipio de San Fermín.
¿POR QUÉ? Beneficiar a terceros inhabilitados para contratar.	Jorge Alberto Ríos Pedro Antonio Vásquez.	DPI. Certificación de RENAP para cada uno. Certificación expedida por la Dirección de Recursos Humanos del Congreso de la República, sobre ejercicio del cargo de diputados para la época de firma de los contratos.

Lo que se debe probar de acuerdo al tipo de delito

Peculado por sustracción

Tipo penal	Elementos del delito	Medios de prueba	Observaciones
Peculado por sustracción	Servidor Público	Acta de adjudicación del cargo por parte del TSE	Cuando se trata de funcionarios electos Popularmente.
		Acta de toma de posesión.	
		Acta de nombramiento	Cuando se trata de funcionarios designados.
		Acta de posesión	
	Contrato	Cuando se trata de Prestación de servicios	
	Contrato	Cuando se trata de contratistas.	
	Ejercicio del cargo.	Certificación del ejercicio del cargo	Desde inicio hasta la terminación.
Disponibilidad jurídica o material de los bienes o recursos	Cuentadancia. Registro de firma de bancos Registro de firmas para operaciones telemáticas con dependencias del Ministerio de Finanzas Públicas (cuando proceda).	Se solicita a CGC. SICOIN, GUATECOMPRAS. Ministerio de Finanzas Públicas.	
	Certificación de funciones del puesto o cargo, por lo general las emite el área de Recursos Humanos.	Se solicita para fecha de los hechos y otros aspectos.	

Cohecho pasivo

Tipo penal	Elementos del delito	Medios de prueba	Observaciones
Cohecho pasivo	Servidor Público: Funcionario, empleado o, quien desempeñe función pública (contratistas, interventores)	Acta de adjudicación del cargo por parte del TSE.	Cuando se trata de funcionarios electos popularmente.
		Acta de toma de posesión.	
		Acta de nombramiento	Cuando se trata de funcionarios designados.
		Acta de posesión	
	Contrato	Cuando se trata de Prestación de servicios	
	Acta de posesión		
	Contrato	Cuando se trata de contratistas, interventores.	
Ejercicio del cargo	Certificación del ejercicio del cargo. Certificación de funciones	Desde inicio hasta terminación. Se debe establecer que la actuación que prometió hacer, retardar u omitir era propia de su cargo o de sus funciones.	
Solicitar o aceptar directamente o indirectamente	Testimonio de la persona a la cual le solicitó el bien o beneficio. Testimonio de personas que conocieron los hechos. Prueba del vínculo entre el funcionario y quien recibió o aceptó en su nombre. Usar métodos especiales si se dan las circunstancias.		
Cualquier bien de valor pecuniario o un beneficio. A favor suyo o de un tercero	Estado de cuentas del servidor público y sus familiares. Estado de cuenta de la persona a la que se le exigió el bien o beneficio. Estado de cuenta de la persona a través del cual se recibió el bien o beneficio.		
Recibido como favor, promesa, dádiva, presente.	Testimonio de las personas que conozcan los hechos	Se debe establecer el vínculo entre la Recepción del bien o beneficio y el Ejercicio del cargo.	
Ordenar, realizar, omitir o retardar un acto propio de su cargo	Certificación de la entidad donde labora en la que se establezca que el servidor público tenía a su cargo el expediente o actuación administrativa por el cual solicitó o aceptó el beneficio.	No es necesario demostrar que el acto que realizó u omitió es contrario a la ley o que perjudicó el patrimonio público, basta con el hecho de pedir o recibir el beneficio	

Malversación

Tipo penal	Elementos del delito	Medios de prueba	Observaciones
Malversación	Servidor Público: Funcionario, empleado	Acta de adjudicación del cargo por parte del TSE.	Quando se trata de funcionarios electos popularmente.
		Acta de toma de posesión.	
		Acta de nombramiento Acta de toma de posesión	Quando se trata de funcionarios o empleados designados.
		Certificación del ejercicio del cargo.	Desde inicio hasta terminación.
		Certificación en donde se indique que el funcionario es el ordenador del gasto o tiene a su cargo la administración de los recursos.	La certificación debe referirse al periodo de tiempo en que se hizo la malversación o el traslado de los recursos.
	Dar a los caudales o efectos que administre	Análisis de auditoría en el cual se contraste la norma presupuestaria en la cual se establece la destinación del recurso financiero, con el acto administrativo en el cual se documenta la inversión de ese recurso financiero en un rubro distinto al que establecía la norma presupuestaria.	Se debe establecer para qué estaba destinado el recurso.
	Una destinación diferente a la autorizada	Se debe establecer que no hubo autorización previa para el traslado presupuestal o la destinación diferente de los caudales o los efectos. Certificación negativa del Ministerio de Finanzas Públicas, la Asamblea Departamental o el Consejo Municipal.	También existe malversación cuando la autorización es posterior a la destinación diferente del recurso o los efectos.
La destinación puede ser pasar el recurso de inversión a funcionamiento o viceversa.	Cuentadancia Documentos en donde conste en qué se gastaron los recursos Registro presupuestal Análisis de auditoría.		

Continúa...

Tipo penal	Elementos del delito	Medios de prueba	Observaciones
Malversación	También hay destinación diferente cuando se pasa de un rubro a otro.	Análisis de auditoría.	
Agravante	Se causa daño o afectación del servicio para el cual estaban destinados los caudales o efectos.	Certificación sobre la afectación que se causó al servicio	

Prevaricato

Tipo penal	Elementos del delito	Medios de prueba	Observaciones
Prevaricato	Funcionario Público determinado Juez	Acta de nombramiento Acta de toma de posesión.	El concepto Juez comprende a Jueces de todas las jurisdicciones e instancias Corte Suprema de Justicia, Tribunales de Sentencia, Corte de Apelación, jueces de instancia, de Paz, titulares de órganos unipersonales, como colegiados, tanto los pertenecientes a la Carrera Judicial, como los que transitoriamente ejercen funciones de provisión temporal, sustitutos, suplentes.
	Ejercicio del cargo.	Certificación del ejercicio del cargo	Desde inicio hasta terminación.
	A sabiendas	Prueba de la existencia y vigencia de la norma constitucional o legal. Para probar el elemento a sabiendas se pueden buscar otros fallos del juez en donde sí haya aplicado correctamente la norma que ahora desconoce o no aplica.	Además del dolo: saber que el hecho es delictivo y a pesar de ello querer su realización, se requiere probar el elemento subjetivo del tipo que es. A sabiendas, lo que indica que no es un tema de ignorancia de la norma. No basta un simple desacuerdo entre la resolución o fallo judicial sino que se requiere una violación manifiesta de la ley.

Continúa...

Tipo penal	Elementos del delito	Medios de prueba	Observaciones
Prevaricato	Dictar resolución contraria a la ley	Copia certificada de la Resolución o sentencia manifiestamente injusta dictada por el juez.	Se debe establecer cuál es la norma jurídica vigente aplicable. (Constitución, ley). Si aplica a sabiendas una norma derogada o declarada inconstitucional incurre en el delito.
	Funde la decisión en hechos falsos	Copia del expediente en donde consten los hechos que fueron probados y que el juez desconoció o tergiversó.	No basta un error en la valoración de las pruebas, se requiere que esa valoración sea arbitraria, caprichosa, subjetiva, contraria a la lógica, la experiencia o la sana crítica.
Agravante	La resolución es sentencia condenatoria en proceso penal	Copia de la Sentencia condenatoria.	
			No se requiere probar que la Resolución o sentencia contraria a la ley se hizo por dinero u otro beneficio. Si aparece este hecho, se daría un concurso heterogéneo con enriquecimiento ilícito.
Prevaricato de árbitros	Los elementos del delito son los mismos del prevaricato del Juez, sin que pueda concurrir el agravante.		

Usurpación de atribuciones

Tipo penal	Elementos del delito	Medios de prueba	Observaciones
Usurpación de atribuciones	Funcionario o empleado público	Acta de nombramiento Acta de toma de posesión.	Si son funcionarios electos popularmente se requiere acta de adjudicación del cargo del TSE
	Ejercicio del cargo.	Certificación del ejercicio del cargo	Desde inicio hasta terminación.
	A sabiendas	Prueba que la persona conocía cuál era el alcance de sus atribuciones o facultades y de sus funciones. Testimonio de personas que sepan que el funcionario sabía que estaba arrogándose facultades o atribuciones que no le competían, como personal del área de recursos humanos, sus jefes superiores y personal subalterno. Descripción del puesto conforme manual de puestos ONSEC o de la propia institución. Contratos laborales. Manuales operativos.	Además del dolo: saber que el hecho es delictivo y a pesar de ello querer su realización, se requiere probar el elemento subjetivo del tipo que es A sabiendas , lo que indica que no es un tema de ignorancia de la norma o un hecho culposo
	Arrogarse facultades o atribuciones que no corresponden o competen a su cargo	Certificación de las funciones asignadas al cargo de acuerdo a la ley, reglamento o manual de funciones. Copia del acto administrativo en el cual quedó registrado las funciones que se atribuyó. Certificación que esas facultades o atribuciones competían a otro cargo.	Las facultades o atribuciones que se arrogó tienen que haber producido un resultado en la gestión de la administración pública. No se requiere un daño o perjuicio solo un efecto jurídico.

Delitos derivados de actos de corrupción

Derivado de los delitos de corrupción pública y privada surgen otros delitos que hay que investigar como son el enriquecimiento ilícito, el lavado de dinero y otros activos y el testaferrato, entre otros.

El enriquecimiento ilícito implica obtener un beneficio patrimonial que puede consistir en incremento patrimonial, aumento de gastos o pago o liberación de obligaciones que no son justificadas en razón de los ingresos derivados del ejercicio del cargo o función pública y que se presumen no tienen un origen lícito, lo que implica que demostrado este beneficio corresponde al investigado desvirtuar su origen ilícito o probar su origen lícito.

El lavado de dinero. Miguel Cano define el lavado de dinero y activos como el *mecanismo a través del cual se oculta el verdadero origen de dineros provenientes de actividades ilegales, tanto en moneda nacional como extranjera y cuyo fin, es vincularlos como legítimos dentro del sistema económico de un país.*

El testaferrato consiste en prestar el nombre (persona natural) o razón social (persona jurídica) para ayudar al funcionario o servidor público a realizar el acto de corrupción. Ej. Entregar papelería de una empresa para presentar una propuesta o hacer un cobro cuando el servicio nunca se prestó o prestar sus cuentas bancarias para que les depositen los dineros del cohecho o los sustraídos al Estado en los casos de peculado.

Enriquecimiento ilícito de funcionarios y particulares

Tipo penal	Elementos del delito	Medios de prueba	Observaciones
Enriquecimiento ilícito de funcionario y de particular	Servidor Público	Acta de adjudicación de cargo por parte del TSE	Cuando se trata de funcionarios electos popularmente.
		Acta de toma de posesión	
		Acta de nombramiento	Cuando se trata de funcionarios designados.
		Acta de posesión	
		Contrato Acta de toma de posesión	Cuando se trata de Prestación de servicios
		Contrato	Cuando se trata de contratistas o particular que tenga a su cargo administración o ejecución de recursos del Estado

Continúa...

Tipo penal	Elementos del delito	Medios de prueba	Observaciones
Enriquecimiento ilícito de funcionario y de particular	Durante el ejercicio del cargo Y hasta cinco (5) años después de dejar el cargo o de haber liquidado el contrato.	Certificación del ejercicio del cargo o copia del acta de liquidación del contrato.	Desde inicio hasta terminación.
	Obtener un beneficio patrimonial	Declaración patrimonial de ingreso Declaración patrimonial por la entrega del cargo. Certificación sobre salarios o constancias laborales emitida por la respectiva jefatura de recursos humanos. Estado de cuentas del servidor público y sus familiares que cubra el periodo del ejercicio del cargo y hasta cinco años más Estado de cuenta de terceros (contratistas) Análisis aplicado al comportamiento tributario de la persona (declaraciones impositivas). Certificación del Registro General de la Propiedad, Catastros municipales, Dirección General de Catastro y Avalúo de bienes inmuebles del Ministerio de Finanzas Públicas. Certificación sobre la propiedad de vehículos. Certificación del movimiento migratorio. Declaraciones de testigos que conozcan el cambio en el nivel de vida	Si la persona pretende justificar su incremento en rentas producto de bienes no declarados en su declaración patrimonial incurriría en el delito de falsedad de este documento. De cinco años más no significa que ese sea el periodo de prescripción sino que la persona pudo haber dejado el cargo y se investigan los gastos e ingresos hasta 5 años después de dejar el cargo o de la última contratación
	Aumento del nivel de gastos. y/o	Facturas de compras de bienes o servicios. Estado de cuentas y productos financieros y su análisis.	Se debe hacer una relación entre los ingresos y gastos para determinar que hay unos gastos que no se corresponden con el nivel de ingresos.
		Copias de Escrituras públicas.	En las mismas se documentan la adquisición de bienes, entre otros.

Continúa...

Tipo penal	Elementos del delito	Medios de prueba	Observaciones
Enriquecimiento ilícito de funcionario y de particular	Cancelación de deudas u obligaciones	Existencia de créditos hipotecarios o de otra índole Escrituras públicas Estados de cuenta bancaria Entrevistas a supuestos deudores	Se deben revisar la existencia de créditos u obligaciones antes del ejercicio del cargo y la forma en que los venía cubriendo para establecer un patrón anormal de pagos.
	Derivado del ejercicio del cargo	En este evento, se debe probar que fue durante el ejercicio del cargo que incremento su patrimonio o cancelo sus obligaciones y que sus ingresos no lo justificaban.	Por ser un delito autónomo no es necesario demostrar que el enriquecimiento ilícito proviene de un determinado acto o contrato del cargo sino que se dio durante el ejercicio del cargo y hasta cinco años más y que no es justificado. Es decir, lo que se debe probar es que en esa línea de tiempo se dio el beneficio o incremento injustificado
	O de cualquier ingreso.	Relación de bienes muebles e inmuebles así como las rentas del funcionario.	Se deben revisar todos los bienes, ingresos y rentas que recibió el servidor durante el ejercicio del cargo y hasta cinco años después.
	Que no pueda justificar su procedencia lícita	Corresponde al funcionario, empleado, contratista, etc. demostrar que su incremento patrimonial o el pago de sus obligaciones sí tienen un origen lícito.	El Estado sólo debe demostrar que la diferencia entre los ingresos de entrada y salida y cinco años después no se justifican en razón de los sueldos u honorarios derivados del cargo o contrato o de las demás rentas que haya declarado. O que la diferencia no está justificada en razón de ellos. Básicamente que el incremento o beneficio desproporcionado carece de explicación. Quien debe justificar la procedencia lícita es el funcionario o ex funcionario y contratista o ex contratista.

Declaración de la teoría del caso

Construida la teoría del caso, debe estimarse cómo se presentará la misma al juez o al Tribunal de conocimiento para persuadirlo que ella representa lo que sucedió y respalda la pretensión.

La declaración de la teoría del caso, como primera intervención ante el juez del proceso, alegato de apertura, debe reunir las características puntuales como de ser atractiva, captar la atención desde el primer momento, para ello, se debe estructurar como una historia penalmente relevante.

Como historia debe incluir, escenarios, tiempos, acciones, motivos de las acciones, resultados de las acciones, personas que intervinieron, circunstancias de modo, instrumentos, sentimientos. Algo muy importante es darle un **tema**, que es como el título que resume en una frase la esencia de la historia y que facilita el proceso de rememoración del juez.

Como historia penalmente relevante, debe incluir sólo la afirmación de los hechos que establecen las acciones u omisiones susceptibles de reproche penal y las consecuencias jurídicas de las mismas. La forma en que los hechos van a ser probados, o la relación de la prueba que se practicará con las afirmaciones de los hechos es otro elemento esencial de la declaración de la teoría del caso. La relación de la prueba le da fuerza a la historia en la medida que le anuncia al juez que está en capacidad de probar sus afirmaciones, que no son simples opiniones.

La declaración inicial o apertura para la fiscalía

Como responsable de probar la acusación, la fiscalía tiene que dar a conocer al Juez en su declaración inicial o alegato de apertura, cuál es su teoría del caso, es decir, qué pasó, cómo pasó, quién lo realizó, cuáles son las consecuencias de lo realizado y en qué tipo penal se encuadra la acción y la autoría o participación del acusado.

En este sentido, la declaración de la teoría del caso de la fiscalía debe servir al juez como un mapa de carretera, una guía de lo que se probará en el juicio, le da una visión de los hechos y la forma en que serán probados.

Como el propósito de presentar la teoría es poner al juez a seguir el caso de cada parte de acuerdo a la teoría expuesta, esta debe contener elementos que permitan una comunicación efectiva, estos son:

1. La teoría debe ser expuesta de una manera secuencial, lógica, coherente.
2. Debe incluir lugares, tiempos, personajes, sentimientos, acciones, resultado de la acción.

3. Motivo o móvil aunque no sea parte de los elementos del delito, debe incluirse porque explican la razón de la conducta. Este móvil debe ser verosímil.
4. Debe relacionar la proposición de los hechos con las normas penales aplicables de una manera coherente. Debe establecer claramente las acciones realizadas por el acusado (vinculación con los hechos).
5. Debe enunciar en qué forma la prueba que presentará apoya su teoría.
6. Debe tener un tema o un título que identifique o recoja la esencia de la teoría y que debe ser usado recurrentemente para fijarlo en la mente del juez.
7. Debe incluir calificativos apropiados para los personajes y sus temas de prueba.
8. La presentación de la teoría a través del alegato de apertura debe incluir el uso del lenguaje gestual o no verbal.
9. Debe concluir con la anticipación de una petición que se derive lógica de la teoría expuesta. Qué se espera cuando concluya el caso.

Lo que no se debe hacer en la declaración inicial

1. Argumentar sobre las afirmaciones de los hechos. Sólo se deben declarar no dar razones al juez para creer o no en la prueba porque ésta aún no se ha practicado.
2. Valorar o sacar conclusiones sobre la prueba que se está anunciando.
3. Refutar la prueba de la contraparte.
4. Hacer promesas que no podrá cumplir.
5. Anunciar una prueba que fue inadmitida por el juez.
6. Leer la declaración.

Pasos en la investigación

1. Registro y análisis preliminar

A partir del conocimiento del hecho delictivo, sea por querrela, denuncia, prevención policiaca o de oficio, se debe hacer el registro del caso en el sistema de información y una búsqueda y análisis de la información preliminar para determinar si los mismos permiten establecer o no la existencia de una conducta delictiva, si los hechos ya han sido conocidos por la fiscalía, si las personas denunciadas ya tienen alguna investigación en la fiscalía, si los denunciados ya figuran en el sistema de información, si la forma de realización del hecho permite identificar un modo de operación ya utilizado y conocido en la fiscalía. Esto permite determinar si es necesario correlacionar el caso que ingresa con otro u otros, sea por el sujeto activo, sujeto pasivo o entidad perjudicada, lugar de comisión del hecho o por el modo de operación.

Es importante igualmente, conocer, perfilar o conocer quién es el denunciante y sus vínculos con los denunciados para descartar denuncias sin fundamento por razones políticas o de otra índole.

2. Plan metodológico

Hecho el registro y análisis preliminar y asignado el caso al fiscal (agente y auxiliar) e investigadores, se debe elaborar el Plan Metodológico de la investigación que es el conjunto de tareas investigativas programadas conjuntamente por el Fiscal (Agente y auxiliar), los investigadores, los analistas financieros y de información para llegar más pronto, fácil y seguro al conocimiento o comprobación de la verdad en la investigación.

Es una herramienta de planificación que debe tener en cuenta:

1. La hipótesis delictiva que implica la adecuación jurídica de los hechos. Hipótesis es un supuesto del hecho que debe ser verificado o comprobado con la investigación. Ej. Posible peculado realizado por XXX.
2. Los hechos que se deben establecer de acuerdo con la adecuación jurídica provisional que se haga de los mismos .Ej. Peculado (calidad de servidor público del autor(res) de los hechos, funciones asignadas al momento de los hechos que permitan determinar que tenía el cuidado, custodia o administración sea jurídica o material de los recursos sustraídos, actos a través de los cuales se concretó la sustracción de los bienes o recursos del Estado, monto de la pérdida patrimonial para el Estado.

3. Objetivos de la investigación claros, concretos, precisos.
4. Análisis de la información y evidencia disponible y la que se requiere recaudar u obtener.
5. Análisis de las fuentes de información (dónde se encuentra la prueba de la realización del hecho y de la responsabilidad penal del autor del mismo).
6. Diligencias o actos de investigación que se deben desarrollar para obtener la información de la fuente (allanamientos, registros, certificaciones, entrevistas, inspección de lugares, etc.).
7. Determinación de las diligencias que requieren autorización judicial para su realización.
8. Delimitación funcional de las tareas (Quién realiza Qué).
9. Recursos disponibles y los necesarios para realizar los actos de investigación.
10. Cómo y cada cuánto se hará el control y la evaluación de las tareas investigativas.

Para elaborar el Plan Metodológico debo preguntarme: ¿Qué quiero demostrar?, cómo debo lograrlo? y con qué recursos dispongo?

El Plan de investigación debe identificar las fuentes de la información (personas, lugares, cosas, hechos) para obtener la evidencia física o información sobre cada uno de los hechos que se deben establecer. Cada hecho debe poder probarse por uno o más medios de prueba.

Por tanto, identificada la fuente de la información se debe determinar cómo acceder a la fuente y cuál es el acto de investigación que se debe realizar para recoger legalmente la información de la fuente. (Entrevistas, inspecciones de lugares o cosas, solicitud de certificación, toma de muestras, etc.) Para ello, es importante considerar si el acto de investigación lo puede hacer el investigador en razón de sus funciones o si requiere orden del fiscal o autorización judicial, esto último si el acto de investigación afecta derechos fundamentales.

3. Búsqueda de las fuentes de información

En el proceso de investigación lo que deben hacer el fiscal, el investigador, los analistas y el auditor forense en equipo es determinar las necesidades y las fuentes de información, es decir qué información se requiere recolectar para establecer la existencia del hecho delictivo y la participación de los posibles autores o partícipes, en dónde se encuentra la información que permita reconstruir los hechos, estas fuentes de información pueden ser formales

o informarles y pueden ser humanas (conocimiento, el cuerpo), cosas (objetos, documentos, bases de datos, archivos), lugares (abiertos, cerrados, públicos, privados), hechos (pasados o futuros).

Básicamente la información que se requiere obtener sobre las personas naturales es:

¿Quién es? Datos de identificación, antecedentes, filiación, en algunos casos es necesario elaborar el árbol genealógico para determinar si la familia del investigado pudo haber intervenido en la conducta como testafierros.

¿Qué hace? Historia laboral, movimientos migratorios, contratos con el Estado.

Ingresos: Salarios, rentas, honorarios, ganancias en juegos de azar o loterías, herencias, legados.

Patrimonio: Bienes: Inmuebles, muebles, empresas, inversiones, cuentas corrientes y de ahorros, etc.

Datos de ubicación y movimientos: Domicilio, movimientos migratorios, números de teléfono.

Frente a las personas jurídicas se requiere

¿Quién es?: Nombre, Objeto social, tiempo de constitución, representante legal, capital suscrito y pagado, sede.

¿Vínculos con el Estado? (Ofertas, cotizaciones, licitaciones, contratos, pago de obligaciones tributarias, Antecedentes de cumplimiento).

Relaciones o vínculos con funcionarios contratantes.

Fuentes institucionales

Para obtener información sobre personas naturales y jurídicas podemos acceder a las siguientes fuentes de información:

Fuente de información	Información que se puede obtener
Contraloría General de Cuentas, CGC	Contratos celebrados por instituciones públicas (El Registro de Contratos lo tenía la CGC antes de la reforma a la Ley de Contrataciones del Estado, contenida en el Decreto 9-2015 del Congreso de la República). Declaraciones juradas de probidad. Documentos de trabajo de auditorías gubernamentales. Finiquitos otorgados. Informes de auditoria, incluyendo especiales.
Superintendencia de Administración Tributaria, SAT	Registro Tributario Unificado. Registro Fiscal de vehículos. Declaraciones de determinación y pago de impuestos. Declaraciones aduaneras (pólizas de exportación e importación de bienes). Deudores morosos del Estado por concepto de impuestos. Información de autorización de facturas de contribuyentes. Información de establecimientos comerciales Realización de auditorías tributarias. Fecha de venta de timbres fiscales y papel especial para protocolo. Avisos por el endoso de certificados de propiedad de vehículos.
Intendencia de Verificación Especial, IVE	Registro de cuentas bancarias y productos financieros. Existencia de cajillas de seguridad. Apoyo técnico de rastreo de dinero, elaboración de mapeos y flujogramas de fondos en casos de corrupción en el que se vincula el posible delito de Lavado de Dinero u Otros Activos. Perfilización financiera de sujetos.
Ministerio de Finanzas Públicas Dirección General de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles, DICABI Dirección General de Adquisiciones del Estado	Información de carácter contable y presupuestario y de manejo de los sistemas informáticos de control financiero y contable de entidades públicas. Aporta información de registros de proveedores. Información del sistema GUATECOMPRAS. Nómina de pagos empleados públicos. Datos catastral de fincas o bienes inmuebles y propietarios. Solicitud de peritajes de avalúo de inmuebles. GUATECOMPRAS.

Continúa...

Fuente de información	Información que se puede obtener
Registro General de Adquisiciones del Estado	Registro de Precalificados de contratistas. Registro de Precalificados de consultores. Registro de Proveedores. Registro de Contratos.
Instituto Nacional de Estadística, INE	Precios de referencia.
Registro Nacional de las Personas, RENAP	Datos personales de identificación y direcciones de localización de personas individuales. Realización de árboles genealógicos.
Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, IGSS	Afiliados, contribuciones de seguridad social, planillas de trabajadores, datos patronales y laborales de entidades públicas y personas individuales. Auditorías para la verificación del cumplimiento de obligaciones con la Seguridad Social. Información de patronos y trabajadores.
Municipalidades	Documentos contables, presupuestales, actas del concejo. Documentos e información de las Direcciones Municipales de Planificación relativa a proyectos de obra. Registros catastrales. Registro de establecimientos ubicados en el municipio. Titulares de servicios de agua potable.
Instituto Geográfico Nacional, IGN	Planos topográficos.
Registros Generales de la Propiedad	Datos registrales de propiedad de fincas, otros derechos reales y propietarios.
Registro de información catastral	Planos topográficos, predios y sus propietarios
Archivo General de Protocolos	Información de instrumentos públicos. Testimonios especiales de Escrituras públicas de venta, hipotecas, gravámenes, donaciones, constitución de fideicomisos, tomas de razón. Archivo de sucesiones.
Congreso de la República	Certificaciones que acreditan la calidad y el período desempeñado por Diputados al Congreso de la República.
Ministerio de Economía	Registro de propiedad intelectual. Registro de importaciones y exportaciones.
Registro Mercantil	Inscripción y sus modificaciones de empresas, sociedades, representantes legales y socios o accionistas. Datos relevantes.

Continúa...

Fuente de información	Información que se puede obtener
Policía Nacional Civil, PNC	Antecedentes policiales. Departamento de Tránsito. Para información de personas. (Fotos, datos generales, etc.) La sección CRADIC apoya con mapeos y relaciones de personas.
Tribunal Supremo Electoral	Certificación de los cargos y períodos desempeñados por funcionarios públicos por cargos de elección popular.
Ministerio de Gobernación: ➤ Registro de Personas Jurídicas ➤ Dirección General de Migración	Datos registrales de asociaciones civiles, ONG y de los respectivos representantes legales. Movimiento migratorio de personas.
Instituto de Fomento Municipal, INFOM	Informes y documentos relacionados con préstamos otorgados por esa institución o gestionados por la misma ante el sistema bancario, a favor de Municipalidades.
Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda	Registros precalificados de obras. Información de proyectos de obra en el país. Registro de proveedores calificados de obras.
Oficina Nacional de Servicio Civil, ONSEC	Información sobre nombramientos de funcionarios y empleados.
Organismo Judicial	Antecedentes penales. Programación de audiencias.
Secretaría General de la Presidencia	Cargos de funcionarios públicos nombrados en el Organismo Ejecutivo.
Empresas privadas	<ul style="list-style-type: none"> – Comparación de precios de mercado de productos. – Consumos o adquisiciones de investigados. – Operadores de tarjetas de crédito/débito. – Información bancaria (cumpliendo formalidades legales). – Empresas distribuidoras de energía eléctrica, sobre los titulares de los servicios y las direcciones de los lugares donde se prestan los mismos. – Obligados a reportar situaciones sospechosas conforme la normativa relacionada con el combate al lavado de dinero y otros activos y financiamiento del terrorismo.
Colegios profesionales	Certificaciones de calidad de colegiado activo. Datos de profesionales. Direcciones de los colegiados.

Bases de datos

Fuentes de información	Información
SICOIN. Sistema de Contabilidad integrada.	
SICOMP2. Sistema de información del Ministerio Público.	
SGT. Sistema de Gestión de Tribunales.	
SIPOL1 Y SIPOL2... Sistema de Información de la Policía.	
SUI. Sistema Único de Información. Ministerio de Gobernación	

Fuentes humanas

Testigos	
Informantes	
Víctimas	
Colaboradores eficaces	

La Contraloría y las auditorías internas como fuentes de información

En los delitos que afectan la hacienda pública, los recursos del Estado, las principales fuentes de información son la Contraloría General de Cuentas y las Unidades de Auditoría Interna (UAI), quienes inicialmente en sus labores de prevención de la corrupción y posteriormente durante el desarrollo de auditorías pueden encontrar en las entidades públicas hallazgos de tipo penal que tienen la obligación de poner en conocimiento de la fiscalía.

Esta obligación de denunciar de la CGC, normalmente debe estar acompañada de la solicitud al nominador para la suspensión en el cargo del servidor público, facultad que tiene por objeto proteger la función pública no permitiendo que continúe realizando las actuaciones presuntamente delictivas e igualmente, para evitar que entorpezca la investigación ocultando o desapareciendo los medios de prueba. (Literal g del Art. 4 del Decreto número 31-2002 del Congreso de la República, Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas).

Desafortunadamente la Contraloría General de Cuentas no hace uso de esta facultad que implica el deber de proteger la hacienda pública obligando con ello a los fiscales a solicitar capturas y vinculaciones procesales de manera apresurada para proteger la función pública y los medios de prueba.

Otro deber que tienen la Contraloría General de Cuentas y las unidades de auditoría interna es coadyuvar o apoyar al Ministerio Público en las investigaciones penales sobre actos de corrupción en las instituciones del Estado, como ocurre con la literal T) del artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas (Decreto 31-2002 del Congreso de la República), para ello, deben remitir en forma inmediata toda la documentación que sustenten las denuncias y la que posteriormente se recoja. En este sentido, no se puede invocar ningún tipo de reserva o esperar a que la auditoría administrativa concluya y sea sometida al control de calidad para enviar copia de los papeles de trabajo pues recordemos que todas las entidades públicas están en la obligación de suministrar la información que en su momento le requiera el Ministerio Público dentro del curso de una investigación penal.

Otra forma de coadyuvar o apoyar al Ministerio Público es realizando las auditorías que los fiscales les soliciten para que obren como medio de prueba. Estas auditorías ya no se harían como parte del proceso fiscal o administrativo, sino como acto de investigación y posteriormente como medio de prueba en el proceso penal, debiendo quienes lleven a cabo la auditoría, declarar en el juicio, en calidad de peritos o expertos en auditoría, sobre la investigación realizada, los métodos utilizados y las conclusiones a las que llegaron.

Clases de información y forma de acceder a ella

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Número 57-2008 del Congreso de la República, Ley de Acceso a la Información Pública, la información en posesión de los sujetos obligados se puede clasificar en información pública, información confidencial, información sensible e información reservada.

1. **La información pública** es la información en poder de las instituciones públicas y otros sujetos obligados, contenida en cualquier documento, archivo o registro y que ha sido proporcionada por los usuarios de la entidad o recogida por esta en el ejercicio de las facultades o la actividad que desarrolla y que no sea confidencial ni secreta o reservada temporalmente. A esta información puede acceder cualquier persona.
2. **Información confidencial** es la información en poder de las entidades públicas y otros sujetos obligados que por mandato constitucional o por disposición legal tengan acceso restringido, o haya sido entregada por personas individuales o jurídicas bajo garantía de confidencialidad.

La información que por mandato constitucional es confidencial y que por tanto, para acceder a ella, se requiere orden judicial, es la que afecte derechos fundamentales como la intimidad de persona, la vivienda, las comunicaciones y los libros contables.

Por otra parte, existe información que es determinada como confidencial por una ley y que sólo puede ser entregada a otras instituciones del Estado para el cumplimiento de sus respectivas funciones. Por tanto, el hecho que la información sea por ley catalogada como confidencial no implica que no se pueda entregar a la fiscalía porque cuando la misma la requiere es para desarrollar su función que es investigar los delitos. Ej., de información confidencial de acuerdo a la ley, es la que tiene RENAP e IGSS referente al domicilio de una persona, o la que tiene la oficina de protección de testigos del Ministerio Público respecto a los contratos y actos administrativos relacionados con la actividad de protección. Si bien es información confidencial, no puede negarse el acceso a otra fiscalía que esté investigando un delito o a la CGC para auditar el gasto público o a la SAT para ejercer las funciones tributarias. En este evento, el fiscal o la entidad del Estado que tenga acceso a esa información tiene el deber de guardar la confidencialidad de la misma. En conclusión, la confidencialidad de la información no puede alegarse para incumplir el deber que tienen todas las entidades del Estado de colaborar y prestarse mutuo apoyo en el ejercicio de sus propias funciones. En este sentido se pronunció la Corte de Constitucionalidad al resolver en apelación de sentencias de amparo dentro de los expedientes No 1073-2012 del 26 de septiembre de 2012 y 1416 de 2012 del 25 de julio de 2012 (Guatemala, 2012).

3. **Datos sensibles.** Son los referidos a características físicas morales de las personas o hechos o circunstancias de su vida íntima, tales como orientación o preferencia sexual, ideologías y opiniones políticas, creencias y convicciones religiosas sobre los cuales no puede ser interrogada una persona. Tulio Rosembuj¹³ con respecto a la protección de datos sensibles o personales sensibles, indica que dicha institución reconoce su motivación *en la facultad de cada individuo en la disposición de sus propios, frente a su utilización arbitraria o con finalidades desconocidas a su titularidad. Pero, no es el dato aislado, simple, referencial el que más preocupa. El delicado sustrato de los datos personales emerge como peligro a las libertades públicas y derechos fundamentales desde el momento en que se representa mediante el tratamiento: las operaciones y procedimientos técnicos que permiten su recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo, cancelación así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.*
4. **Información reservada.** Es información pública cuyo acceso se ha restringido en forma temporal por disposición legal u orden de autoridad competente siguiendo los procedimientos establecidos en la Ley de Acceso a la Información Pública. Ej., información sobre

13 ROSEMBUJ, Tulio. "El secreto, la intimidad y la protección de datos". Agencia Catalana de Protección de Datos. Barcelona, España, 2005. Página 10.

asuntos militares clasificada como de seguridad nacional, asuntos diplomáticos clasificados como de seguridad nacional, información relacionada con propiedad intelectual, industrial, patentes y marcas, etcétera.

4. Actos de investigación

Identificada la fuente de la información se debe determinar cuál es el acto de investigación que se debe realizar para obtener lícita y legalmente la información de la fuente y que la misma tenga la capacidad de convertirse en un medio de prueba pertinente, relevante y auténtica.

Los actos de investigación pueden ser realizados por iniciativa propia, en forma autónoma de oficio por los investigadores en su calidad de auxiliares en la investigación del Ministerio Público.

Otros actos de investigación requieren la orden del Ministerio Público como los requerimientos de información.

Los actos de investigación que afectan derechos fundamentales como la intimidad del domicilio, de la persona, de las comunicaciones; requieren autorización judicial previa.

Forma de realizar los actos de investigación

Acto de investigación	Realizados autónomamente por Investigador	Orden de Fiscal	Con autorización Judicial
Recepción de denuncias	X		
Individualizar al imputado	X		
Entrevista de testigos.	X		
Inspección del lugar de los hechos	X		
Inspecciones y registros de lugares públicos o abiertos al público. ART. 192 CPP.		X	
Análisis de estructuras criminales		X	
Vigilancias y seguimientos pasivos.		X	
Reconstrucción de hechos		X	
Operaciones técnicas		X	
Reconocimientos corporales de áreas distintas a las públicas. Art. 194 CPP.		X	
Grabación de comunicaciones de las víctimas.		X	
Cruces de información o cotejos de bases de datos públicas.		X	

Continúa...

Acto de investigación	Realizados autónomamente por Investigador	Orden de Fiscal	Con autorización Judicial
Incautación y decomiso de objetos.		X	
Requerimiento de informes. Art 245. CPP.		X	
Exhumación del cadáver.			X
Inspecciones y registro lugares privados. Art.187 CPP.			X
Allanamientos lugar cerrado. Art. 190. CPP			X
Intervenciones corporales.			X
Interceptación y recuperación de comunicaciones.			X
Autorización de operaciones encubiertas.			X
Reconocimiento en fila de personas, fotográfico o por video. Art.246 a 248 CPP.			X

5. Procesamiento y análisis de la información

Realizado el acto de investigación para recoger la información se debe proceder a procesar la información que implica vincular el mayor número de datos y validar la información en cuanto a la fuente y el contenido. Procesada la información, se pasa al análisis para determinar:

1. Si la misma es útil en cuanto aporta datos nuevos a la investigación o sirve para corroborar o reafirmar datos ya existentes.
2. Si la misma sirve para abrir nuevas líneas de investigación o si confirma la línea inicialmente abierta.
3. Si se tiene por lo menos un medio de convicción para cada uno de los hechos investigados.
4. Si los medios de investigación permiten vincular a los presuntos autores o partícipes con los mismos o si por el contrario los desvinculan a todos o a algunos.
5. Si los medios de investigación permiten vincular a otras personas con los hechos investigados.
6. Si se deben realizar otros actos de investigación o con la información disponible ya se puede tomar una decisión de cierre de la investigación.

El producto del análisis nos debe arrojar respuestas a ¿QUÉ, CÓMO, QUIÉN, DÓNDE, CUÁNDO, A QUIÉN, POR QUÉ?

6. Control jurídico

El agente y el auxiliar fiscal deben controlar permanentemente los actos de investigación para verificar que se están realizando conforme a las disposiciones legales y para ver si los hechos que se van estableciendo encuadran en la adecuación típica que inicialmente se hizo o si encuadran en otro delito o si no constituyen delito.

Igualmente, debe hacer revisión de la jurisprudencia para establecer qué ha dicho la Corte Suprema de Justicia o la Corte de Constitucionalidad sobre el delito(s) que se investiga.

El control jurídico una vez concluida la investigación, igualmente implica decidir sobre el ejercicio de la acción penal, es decir si la misma es suficiente para solicitar la apertura a juicio y formular acusación o, al contrario, si debe solicitar la desestimación de la investigación o el sobreseimiento o la aplicación de un criterio de oportunidad.

Antejuicio

El antejuicio es una figura de orden constitucional que ampara la función pública en el sentido de no permitir que ciertos dignatarios y funcionarios públicos sean vinculados a un proceso penal sin que previamente se declare por el funcionario pesquisador que hay lugar a procesamiento o formación de causa. Esto implica que antes que se declare con lugar el antejuicio, el funcionario no puede ser detenido ni procesado.

El Derecho de Antejuicio es una excepción al principio de igualdad ante la ley procesal penal, toda vez que constituye una prerrogativa, no reconocida a la generalidad de las personas, por virtud de la cual, algunos servidores públicos o inclusive, candidatos a puestos de elección popular, no pueden ser juzgados penalmente, sin que antes una autoridad, distinta del tribunal o juzgado competente para conocer de la respectiva imputación penal, declare que ha lugar a formación de causa criminal en contra del servidor público o del candidato.

Gozan de este derecho de antejuicio, entre otros, el Presidente y Vicepresidente de la República, los Diputados, los Magistrados y Jueces, los Ministros de Estado y Secretarios de la Presidencia, los Procuradores Generales, el Fiscal General de la República, el Director de la Policía Nacional y los Alcaldes.

El derecho de antejuicio consiste en que una comisión o juez pesquisador determine si hay lugar o no a formación de causa porque existe información y/o evidencia física de la existencia de un delito y la posibilidad de la participación del funcionario o dignatario denunciado, en el mismo.

El antejuicio no implica determinación de responsabilidad penal sino determinación sobre si se debe o no abrir un proceso penal para determinar la responsabilidad del denunciado.

El artículo 3 de la Ley en Materia de Antejuicio (Decreto número 85-2002 del Congreso de la República) define el Derecho de Antejuicio como “la garantía que la Constitución Política de la República o leyes específicas otorgan a los dignatarios y funcionarios públicos de no ser detenidos ni sometidos a procedimiento penal ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, sin que previamente exista declaratoria de autoridad competente que ha lugar a formación de causa, de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente ley”.

Facultades del Ministerio Público en el antejuicio

Si la denuncia del hecho presuntamente delictivo la recibe el Ministerio Público, le corresponde a este iniciar una indagación preliminar a efectos de establecer si existe o no delito e identificar o por lo menos individualizar al presunto autor del delito, debiendo además, reunir los medios de investigación que permitan fundar la decisión de antejuicio o en su caso, desestimar la denuncia por ser tendenciosa o maliciosa.

En este sentido se pronunció la Corte de Constitucionalidad al resolver los expedientes acumulados Nos. 4442-2014 y 4463-2014 declarando con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público y revocando el auto apelado en consecuencia negando la protección interina solicitada por los accionantes.

Los fundamentos de la decisión fueron la Opinión Consultiva que se profirió en el expediente No. 3003-2010 del 21 de diciembre de 2010 en la cual estableció que *“La labor de investigación que ejerce el Ministerio Público no se encuentra supeditada a la existencia de un expediente judicial en trámite o a lo ordenado por autoridad alguna (...) Respecto del derecho de antejuicio vale indicar que la Constitución de la República en su artículo 206, garantiza tal prerrogativa a jueces y magistrados. Pero ello no determina la imposibilidad del Ministerio Público de ejercer su función de investigación en caso de tener conocimiento que alguno de los funcionarios que de él gozan, haya incurrido en una conducta calificada como delito por la ley penal...”*

En el mismo sentido, encontramos la decisión de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente constituida en Tribunal de Amparo dentro de los expedientes acumulados de amparo Nos. 01017-2014-00059, 01017-2014-00062 y 01017-2014-00064 en donde señaló: *“Al interpretarse de manera integral el artículo 293 del Código Procesal Penal (Guatemala, Código Procesal Penal, 1992) y artículo 3 de la ley en Materia de Antejuicio, se concluye en primer término que el Ministerio Público está facultado para realizar investigación en contra del titular del privilegio de antejuicio, en los dos supuestos puntualmente señalados por la primera de las normas precitadas; y por otra parte que el órgano jurisdiccional no puede ordenar la detención, ni someter a proceso penal al funcionario que goza del derecho de antejuicio, así las cosas, estas disposiciones constituyen las limitaciones, tanto para el actuar del Ministerio Público, como para el actuar del órgano jurisdiccional, en razón de lo cual, el último de los mencionados de conformidad con las funciones que le otorga la Constitución Política de la República de Guatemala, así como el Código Procesal Penal, está facultado para autorizar aquellos requerimientos que el Ministerio Público presenta en ejercicio de la función legal que le corresponde, con el objetivo de fundamentar una posible petición de antejuicio”* (2015).

Según este fallo y decisiones que en él se citan de la Corte de Constitucionalidad, el Ministerio Público puede *“realizar investigación en contra del titular del privilegio de antejuicio, ya sea para practicar aquellos medios de investigación cuya pérdida se teme o para aquellos que son indispensables para fundar la petición”* (Corte de Constitucionalidad, 2014).

Por otra parte, la Corte de Constitucionalidad, dentro del expediente No. 801-2013, en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo, al resolver la apelación interpuesta contra la decisión de la Corte Suprema de Justicia que en resolución del 11 de diciembre de 2012, rechazó *in limine*, las diligencias de un antejuicio afirmando únicamente que no existían elementos que pudieran fundamentar la formación de causa o inicio de un proceso penal contra los funcionarios denunciados, otorgó el amparo solicitado teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia no fundamentó debidamente su decisión. (Corte de Constitucionalidad, 2013).

Esta decisión respalda el criterio que no puede formularse un requerimiento o decidir sobre el mismo sin que se tenga un fundamento fáctico, jurídico y probatorio.

Bibliografía

- C01076-2012-00025 (Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente Por Procesos de Mayor Riesgo B 4 de Octubre de 2013).
- 01077-2001-07102 C-32-2014 (Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente 5 de Junio de 2014).
- 01017-2014-00059, 01017-2014-00062 y 01017-2014-00064 (Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente (Tribunal de Amparo) 20 de Febrero de 2015).
- CANO., Miguel; LUGO C., Danilo. AUDITORÍA FORENSE en la investigación criminal del lavado de dinero y activos. Segunda edición. ECOE EDICIONES. Bogotá, Colombia, junio de 2004. Página 6.
- CASTILLO GONZÁLEZ, J. M. (2015). *DERECHO ADMINISTRATIVO. Teoría General y Procesal*. Guatemala: Impresiones Gráficas.
- COALICIÓN DE DERECHOS HUMANOS CONTRA LAS ESTRUCTURAS CLANDESTINAS. Crimen Organizado, una aproximación. Publicación que contó con el apoyo del Programa Estado de Derecho, Agencia de Desarrollo Internacional de los EE.UU. Guatemala, noviembre de 2004.
- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, EXP 801-2013 (CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD 7 de Agosto de 2013).
- Corte de Constitucionalidad, 4442-2014 y 4463-2014 (Corte de Constitucionalidad 5 de Diciembre de 2014).
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 3461-2008 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 20 de marzo de 2009).
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 72-2009 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 21 de mayo de 2009).
- DELL, Gillian. CONVENCIONES ANTICORRUPCIÓN EN AMÉRICA. Una guía de incidencia para la Sociedad Civil. Publicación de Transparency International. Berlín, Alemania. 2006.
- Guatemala, C. A. (1992). *Código Procesal Penal*. Guatemala: Diario Oficial.
- Guatemala, C. A. (2002). *Decreto 31-2002*. Guatemala: Diario Oficial.

Guatemala, C. A. (2012). *1073-2012 del 26 de septiembre de 2012 y 1416 de 2012 del 25 de julio de 2012*. Guatemala: Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Guatemala, C. A. (2012). *Ley Contra la Corrupción*. Guatemala: Diario Oficial.

Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia de Colombia, Jurisprudencia analizada por la autora (Corte Suprema de Justicia de Colombia 2000 al 2015).

MONTERO, Gregorio (2015). RÉGIMEN JURÍDICO Y PROFESIONALIZACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. Publicación del Ministerio de Administración Pública, República Dominicana.

MONTOYA VIVANCO, Yván (2015). MANUAL SOBRE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Publicación del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.

MUÑOZ LORENTE, José. DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS. Artículo publicado en la Revista en Cultura de la Legalidad N°. 7, septiembre 2014 – febrero 2015, página 250. España. Visto en la siguiente dirección electrónica: <http://erevistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/2247/1193>.

OCDE. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones Públicas. Febrero, 2009. Página 2. Visto en la siguiente dirección electrónica: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>

ROSEMBUJ, Tulio (2005). "El secreto, la intimidad y la protección de datos". Agencia Catalana de Protección de Datos. Barcelona, España.

SANTAY, Ángel. Aspectos generales sobre las compras del gobierno en un marco de libre competencia en Guatemala. Guatemala, 2015. Página 6. Visto en la siguiente dirección electrónica: http://www.mineco.gob.gt/sites/default/files/Inversion%20y%20Competencia/aspectos_generales_compras_gobierno_en_marco_de_libre_competencia_en_guatemala.pdf

SOLER, Sebastián (1978). DERECHO PENAL ARGENTINO. Tomo V. 3ra edición, 8ª reimpresión. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, Argentina.



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

La realización de esta publicación, fue posible gracias al apoyo del Pueblo de los Estados Unidos de América proporcionado a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). El contenido de esta publicación es responsabilidad exclusiva del Ministerio Público, y el mismo no necesariamente refleja las opiniones de la USAID o del Gobierno de los Estados Unidos de América.